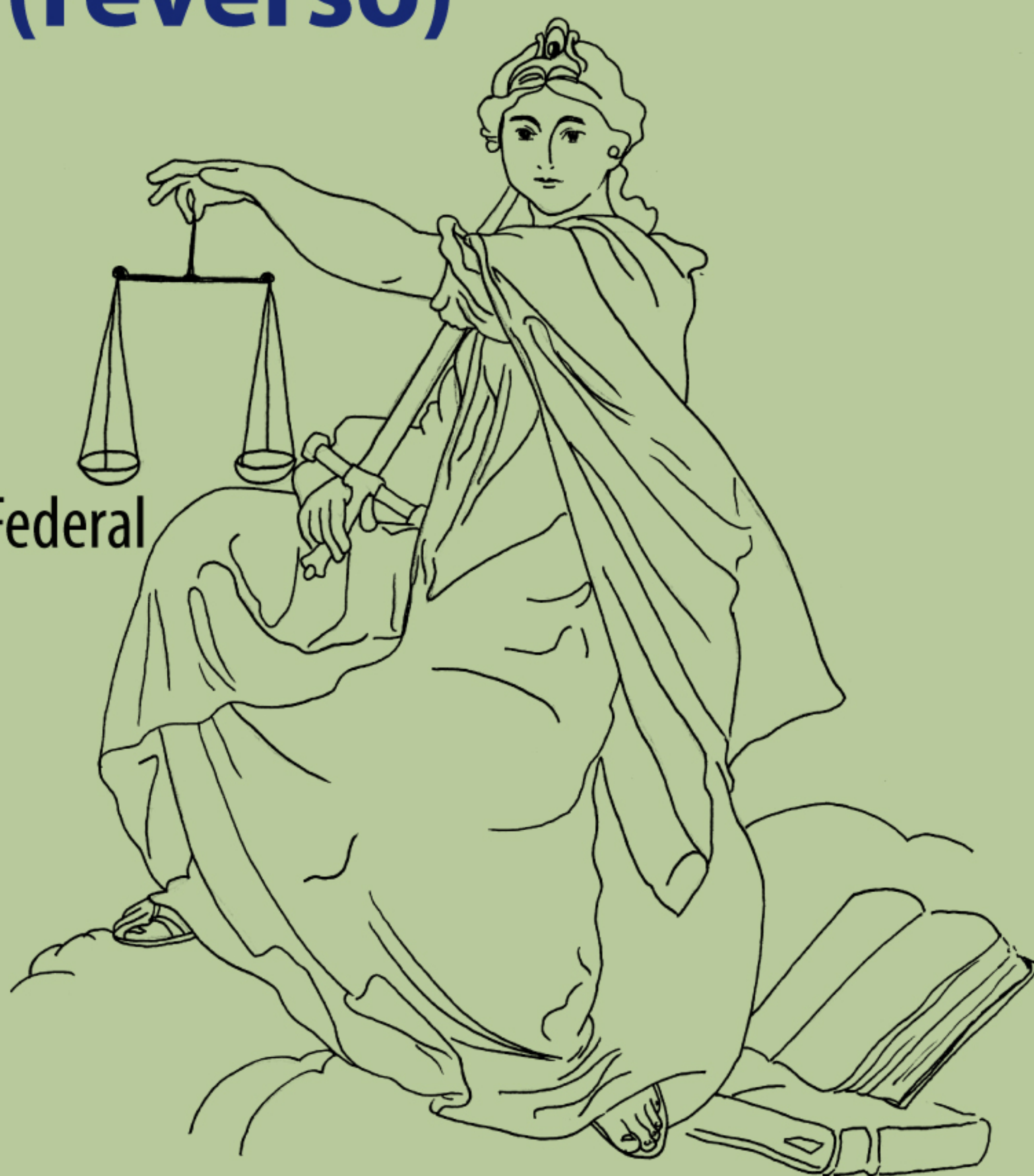


REVISTA

ANO XXVI - N. 124 - JANEIRO/MARÇO DE 2015 - ISSN 1982-1506

Do “periculum in mora” inverso (reverso)

Reis Friede
Desembargador Federal



Aposentadoria especial por exposição a ruído: a controvérsia quanto aos limites aplicáveis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003

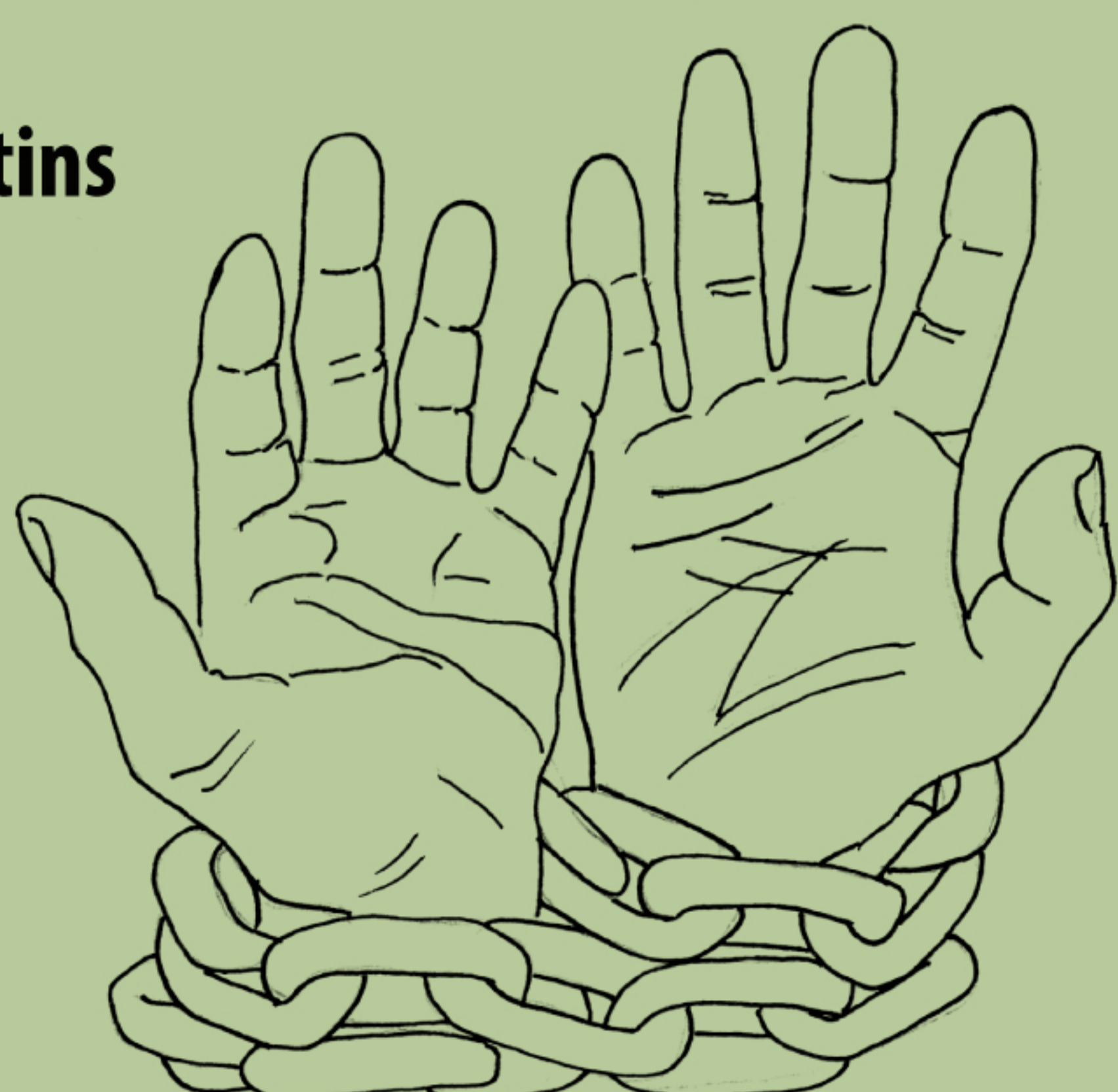
Marcus Orione Gonçalves Correia
Juiz Federal

Joabe dos Santos Souza
Procurador Municipal



O tráfico de pessoas no Direito Internacional

Etienne Coelho Martins
Juiz Federal



Responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise doutrinária e jurisprudência atual do STJ

Carolina Castro Costa
Juíza Federal



**DESTAQUE: Uniformização de Jurisprudência:
Aprovação da Súmula nº 36 do TRF da 3ª Região**

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. 124	p. 1-488	jan./mar. 2015
---	-----------	----------	--------	----------	----------------

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⁾
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - Corregedora-Regional⁽⁴⁾
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89⁽⁵⁾
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
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
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 CECÍLIA 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 03/03/2015.

⁽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⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

LUIZ STEFANINI - Presidente
MARCELO SARAIVA
HÉLIO NOGUEIRA

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
ANTONIO CEDENHO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

MÁRCIO MORAES
DIVA MALERBI
NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente

SEXTA TURMA:

MAIRAN MAIA
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
NELTON DOS SANTOS

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE - Presidente
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO
MÔNICA NOBRE

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
DENISE AVELAR - Juíza Federal

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO
GILBERTO JORDAN

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA - Presidente
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSIA
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)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>Do “periculum in mora” inverso (reverso)</i> Reis Friede	15
<i>Aposentadoria especial por exposição a ruído: a controvérsia quanto aos limites aplicáveis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003</i> Marcus Orione Gonçalves Correia e Joabe dos Santos Souza	43
<i>O tráfico de pessoas no Direito Internacional</i> Etienne Coelho Martins	63
<i>Responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise doutrinária e jurisprudência atual do STJ</i> Carolina Castro Costa	75

JURISPRUDÊNCIA

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

<i>Conflito de competência entre Juizados Especiais Federais. Impossibilidade de redistribuição de das ações em curso. Aprovação do enunciado da Súmula nº 36 do TRF da 3ª Região. CC 0011900-67.2014.4.03.0000</i> Desembargador Federal Baptista Pereira	95
---	----

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Ação Civil Pública. Programa de prevenção de acidentes e de educação e segurança no trânsito. Repasse de recursos. Interesse difuso e coletivo. Responsabilidade objetiva do município.</i> AC 0004680-04.2003.4.03.6111 Desembargadora Federal Mônica Nobre	101
---	-----

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Retenção de cartões bolsa escola/bolsa família. Recebimento de benefício indevidamente.

AC 0004922-36.2007.4.03.6106

Desembargadora Federal Alda Basto..... 108

Ensino superior. Abono de faltas e realização de prova substitutiva. Atestado médico de gravidez de risco. Direito da impetrante.

AMS 0024917-82.2009.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior..... 125

Processo administrativo. Comprovado duplo domicílio (Brasil-Paraguai). Possibilidade de livre deslocamento. Pena de perdimento incabível.

Ag AMS 0001098-73.2010.4.03.6006

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 128

Concurso para provimento de vaga do cargo de técnico judiciário. Área administrativa. Subseção judiciária em São José dos Campos. Alegação de existência de novas vagas e direito à nomeação em decorrência do chamamento para realizar exames médicos.

MS 0009931-85.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 133

Recurso Administrativo. Impugnação à decisão do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região proferida em sede recursal. Impossibilidade. Não conhecimento.

RPADServ 0026183-66.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 140

Concurso público para provimento de vagas ao cargo de escrivão da polícia federal. Avaliação psicológica. Inaptidão. Ausência de ilegalidade.

Ag AI 0014045-96.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Nelton dos Santos..... 144

PAD. Servidor. Cassação de aposentadoria. Penalidade desproporcional e desarrazoada.

AI 0016219-78.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 148

Ação Civil Pública. Conselho Regional de Enfermagem. Transporte de passageiros em ambulância. Necessidade de enfermeiro na tripulação.

AI 0030200-77.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 156

Suspensão de Tutela Antecipada. Cirurgia de transplante de intestino. Internação e tratamento em hospital em Miami.

SLAT 0031349-11.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 160

DIREITO CIVIL

Requerimento administrativo de benefício previdenciário. Demora na apreciação. Danos morais. Verba honorária.

AC 0007475-46.2009.4.03.6119

Desembargador Federal Márcio Moraes.....167

DIREITO CONSTITUCIONAL

Guardas municipais. Porte de arma. Estatuto do desarmamento. Municípios com menos de 50.000 habitantes. Impossibilidade. Discricionariedade do legislador. Ausência de violação do princípio da isonomia. Autorização do constituinte.

AC 0020087-34.2013.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira175

DIREITO PENAL

Crimes de contrabando de componentes de munição, tráfico internacional de armas e munições e moeda falsa. Internação no país de armas e munições sem autorização do comando do exército. Concurso formal impróprio entre os crimes de tráfico de arma e moeda falsa.

ACr 0002235-59.2011.4.03.6005

Desembargador Federal Luiz Stefanini181

Fraude à licitação. Contrabando. Propriedade das mercadorias. Irrelevância. Princípio da insignificância. Inaplicável.

ACr 0010685-79.2011.4.03.6105

Desembargador Federal Paulo Fontes190

Tráfico internacional de drogas. Estado de necessidade. Não comprovado. Absolvição. Impossibilidade. Atenuante de confissão espontânea. Incidência. Causa de diminuição de pena de delação premiada. Configurada. Causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (organização criminosa). Impossibilidade. Causa de aumento de pena da transnacionalidade. Incidência.

ACr 0010977-85.2012.4.03.6119

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....201

Roubo. Consumação. Corrupção de menores. Sujeito passivo. Regime inicial de cumprimento de pena.

ACr 0006390-62.2013.4.03.6126

Desembargador Federal Peixoto Junior221

Importação de sementes de “cannabis sativa”. Sementes de maconha não constituem matéria-prima. Objeto material do delito. Conduta atípica.

RSE 0008881-71.2013.4.03.6181

Desembargador Federal José Lunardelli 227

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Filho maior. Benefício devido somente até o pensionista atingir 21 anos de idade. Recurso repetitivo.

AC 0002252-44.2001.4.03.6103

Desembargador Federal Toru Yamamoto 241

Revisão de benefício. Enquadramento como atividade especial. Frentista. Vigia. Termo inicial dos efeitos financeiros.

Ag AC 0034995-59.2001.4.03.9999

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 245

Pensão por morte. Ausência de intervenção Ministerial na Segunda Instância. Ausência de prejuízo ao menor. Termo inicial do benefício da companheira. Data do requerimento administrativo.

Ag AC 0006421-50.2006.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 249

Exposição a ruído. Utilização de equipamento de proteção individual. Reconhecimento de atividade especial. Possibilidade.

EI 0007387-61.2006.4.03.6103

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 252

Pensão por morte. Pais destituídos do poder familiar. Manutenção da obrigação de prestar alimentos. Dependência econômica para fins previdenciários.

AC 0053352-43.2008.4.03.9999

Desembargadora Federal Lucia Ursaia 265

Embargos de Declaração. Competência para julgamento da Turma. Artigo 16, I, “b”, do Regimento Interno deste TRF. Omissão. Caracterização. Efeitos infringentes. Benefício assistencial. Portador de deficiência. Requisitos preenchidos.

EDcl AC 0001457-94.2009.4.03.6123

Desembargador Federal David Dantas 269

Benefício de prestação continuada. Convenção de Nova Iorque. Conceito de deficiência. Obstrução da participação social do indivíduo. Processo de inconstitucionalização. Hipossuficiência econômica. Comprovação.

EI 0010842-44.2010.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 278

Pensão por morte. Qualidade de segurado. Sentença homologatória de acordo trabalhista. Existência de elementos que comprovam o período trabalhado. Contribuições previdenciárias vertidas.

Ag ApelReex 0005553-32.2011.4.03.6108

Desembargador Federal Gilberto Jordan296

Embargos Infringentes. Decadência. Desaposentação.

EI 0017496-13.2011.4.03.9999

Desembargador Federal Souza Ribeiro304

Reconhecimento de período exercido como especial. Ruído. EPI.

Ag AC 0035906-85.2012.4.03.9999

Desembargadora Federal Tânia Marangoni311

Desaposentação. Decadência. Devolução dos valores. Impossibilidade. Constitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991. Renúncia não configurada.

AC 0042285-08.2013.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Vanessa Mello317

Salário-maternidade. Empregada urbana. Reconhecimento de vínculo laboral por homologação de acordo na justiça do trabalho. Qualidade de segurada não demonstrada.

Ag AC 0018174-23.2014.4.03.9999

Desembargador Federal Paulo Domingues 337

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Rescisória. Prazo para contestar. Preclusão. Reconhecimento da atividade rural. Concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Ilegitimidade passiva no feito sub-jacente. Não ocorrência. Tempo de serviço junto ao Regime Geral de Previdência Social sem utilização do instituto da contagem recíproca. Violação de lei. Inocorrência. Impossibilidade de reexame.

AR 0021553-50.2001.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana.....345

Ação Civil Pública. Legitimidade passiva da união. Competência da justiça federal. Veiculação do programa "Show do Tom". Conteúdo discriminatório.

AI 0014188-27.2010.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete354

Revisão de benefício. Julgamento por decisão monocrática. Pagamento administrativo. Ação civil pública. Carência da ação. Extinção do processo sem resolução do mérito.

Ag AC 0004403-27.2013.4.03.6114

Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos.....359

Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão da renda mensal inicial. Valor atribuído à causa excessivamente elevado. Adequação à pretensão deduzida em juízo. Alteração de ofício. Matéria de ordem pública. Ilegalidade ou abuso de poder inexistentes.

Ag AI 0025416-57.2014.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 363

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Tentativa de furto qualificado. “Emendatio libelli”. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Crime impossível não verificado. Desmembramento de processo. Corréu denunciado pelo mesmo fato e condenado por tentativa de estelionato. Ausência de circunstância que justifique o tratamento diferenciado. “Habeas corpus” concedido de ofício.

ACr 0002331-45.2010.4.03.6123

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....371

Revisão Criminal. Cabimento. Uso de documento falso. Passaporte usado na imigração, emigração e perante a Polícia Federal. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Desclassificação incabível. Dosimetria reformada. Erro no cálculo.

RvC 0010994-14.2013.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecilia Mello 376

“Habeas Corpus”. Trancamento de ação penal. Crimes contra a ordem tributária, falsificação de documento, fraude à execução e associação criminosa. Súmula Vinculante nº 24. Inaplicabilidade para os crimes não tributários imputados aos pacientes.

HC 0002958-46.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Hélio Nogueira385

Mandado de Segurança. Direito líquido e certo. Constatação de plano. Necessidade. Assistente. Ordem dos Advogados do Brasil. Preenchimento dos requisitos processuais. Exigibilidade.

MS 0015936-55.2014.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschlow394

“Habeas Corpus”. Delito de dano qualificado. CEF. Empresa pública. Impossibilidade de desqualificação para dano simples.

HC 0024931-57.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Nino Toldo402

“Habeas Corpus”. Artigo 273, § 1º, b, do CP. Quantidade excessiva de medicamentos apreendidos. Indícios de comercialização. Presença dos requisitos previstos nos artigos 312 e 282, I e II, do CPP. Ordem denegada.

HC 0032137-25.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Maurício Kato.....406

DIREITO TRIBUTÁRIO

PIS e COFINS. Faturamento. Taxa de administração de cartão de crédito e de débito. Base de cálculo. Exclusão. Impossibilidade.
AC 0000510-93.2011.4.03.6115
Desembargador Federal Mairan Maia.....411

Execução fiscal. Suspensão. Recuperação judicial. Ativos financeiros. Construção.
AI 0011959-26.2012.4.03.0000
Juiz Federal Convocado Carlos Delgado..... 416

Aduaneiro. Imunidade do artigo 150, VI, d, da Constituição Federal. “E-readers”. Alegação de que seriam equiparáveis a livros em papel. Características e funcionalidades do equipamento, que extrapolam o conceito de mero leitor de livro digital.
Ag AI 0030939-50.2014.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta420

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Realização de sorteios televisivos. Portarias nº 413/1997 e 1.285/1997 do Ministério da Justiça. Participação das rés pessoas privadas nos resultados dos sorteios televisivos via telefone “0900”. Devolução de valores às entidades filantrópicas participantes.
0001049-61.1998.4.03.6100
Juiz Federal Tiago Bologna Dias 431

Auxílio-doença/Aposentadoria por invalidez. Handicap. Incapacidade permanente. Patologia congênita. Alegação de incapacidade preexistente. Concessão de auxílio-acidente.
0001059-72.2012.4.03.6308
Juiz Federal Tiago Bitencourt de David456

Pensão especial vitalícia (Lei nº 7.070/1982). Síndrome da Talidomida. Indenização por danos morais.
0000436-04.2013.4.03.6007
Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel..... 461

Ação Civil Pública. Ordem administrativa para abate de animais alimentados com forragens contendo subprodutos proibidos. Pleito de ordem judicial para adoção de medidas coercitivas. Ausência de interesse processual. Hipótese de auto-executoriedade dos atos administrativos.
0000933-97.2014.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 467

Construção de via de interligação entre a área urbanizada da Universidade Federal de São Carlos e o Instituto Federal de São Paulo. Processo administrativo de autorização para supressão de vegetação nativa (bioma cerrado). Alternativas técnicas e locacionais.
0002428-30.2014.4.03.6115

Juiz Federal Leonardo Estevam de Assis Zanini.....471

ANEEL. Ilegalidade da instrução normativa. Desobrigação do Município quanto ao recebimento do sistema de iluminação pública registrado como “ativo imobilizado em serviço – AIS”.

0002435-31.2014.4.03.6112

Juiz Federal Bruno Santhiago Genovez..... 476

SÚMULAS.....485



Artigos Doutrinários

Do *periculum in mora* inverso (reverso)



Reis Friede

Desembargador Federal. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA. Mestre e Doutor em Direito. Ex-Membro do Ministério Público. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Autor de mais de 15 obras na área de Ciência Jurídica Processual.

RESUMO: O presente artigo analisa o conceito do *periculum in mora* inverso (reverso), examinando, primeiramente, os requisitos clássicos para a concessão de medidas liminares, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em seguida, aborda a relevância do fundamento do pedido e a possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar, ressaltando a identificação da relevância do fundamento do pedido com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Posteriormente, passa ao estudo específico do *periculum in mora* inverso, analisando a relação deste conceito com a grave lesão à ordem pública. Por fim, aprecia a cautela e contracautela.

PALAVRAS-CHAVE: medidas liminares, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* reverso ou inverso, concessão *ex officio* da tutela cautelar, grave lesão à ordem pública, contracautela.

ABSTRACT: This article analyzes the concept of *periculum in mora* in reverse by examining, first, the requirements for granting injunctive relief measures, namely, live and in the *periculum iuris* facie case. Then discusses the relevance of the merits of the request and the wide possibility of granting *ex officio* of injunctive relief in the form of an injunction, emphasizing the importance of identifying the substance of the application with *iuris facie* case and *periculum in arrears*. Subsequently, passes the specific study of *periculum in live* opposite, analyzing the relationship of this concept with the serious injury to the public order. Finally, appreciate the caution and contracautela.

KEYWORDS: measures injunctions, *periculum in mora*, *iuris facie* case, *periculum* lives in reverse or inverse, granting *ex officio* of injunctive relief, severe injury to the public order, contracautela.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Requisitos para a concessão de medidas liminares. 2.1. Do *periculum in mora*. 2.2. Do *fumus boni iuris*. 2.3. Relevância do fundamento do pedido e possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar. 2.3.1. Relevância do fundamento do pedido, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. 2.4. *Periculum in mora* inverso. 2.4.1. *Periculum in mora* inverso e grave lesão à ordem pública. 2.4.2. Das divergências perceptivas sobre o *periculum in mora* inverso. 2.4.3. Cautela e contracautela. 3. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Ao registrar, de forma inédita, na literatura jurídico-brasileira – quando da ocasião do lançamento da 1ª edição da nossa obra “Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular”, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 106 –, a expressão *periculum in mora* inverso (reverso), não poderíamos imaginar, para nossa grata satisfação, como *pesquisadores da Ciência Processual*, que a mesma não somente viesse a se tornar, com o passar dos anos, uma *designação técnica* consagrada pela academia nacional, mas, particularmente, objeto das mais variadas e amplas citações jurisprudenciais e doutrinárias em todo o País.

A ideia original, concebida há mais 20 anos – numa época em que existiam poucos estudos mais aprofundados sobre o tema –, era de *forjar*, por imperiosa necessidade, uma *concepção conceitual*, com elevado rigor técnico, que traduzisse, com a almejada precisão, uma *designação genérica* a abranger as mais variadas (e diferentes) designações *específicas* (existentes à época) que buscavam nominar, naquele momento histórico de desenvolvimento do estudo da disciplina processual, o incontestável *fenômeno dos efeitos inversos* (ou reversos) do eventual deferimento das *medidas liminares* em *Mandado de Segurança* (art. 1º da Lei nº 191 de 1936, art. 1º da Lei nº 1.533 de 1951, art. 1º da Lei nº 12.016 de 2009), *Ação Popular* (art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717 de 1965 com a redação ampliada pela Lei nº 6.513 de 1977) e na *Ação Civil Pública* (art. 12 da Lei nº 7.347 de 1985) ou das denominadas *antecipações in limine* (art. 804 do CPC de 1973) nas *Ações Cautelares*.

Ainda que reste evidente que tal *efeito* também se manifeste no eventual deferimento de outras *medidas liminares* (em *ações específicas*), com idêntica previsão cautelar implícita, é de se registrar, por dever de lealdade, que nossa análise originária foi

conduzida exclusivamente sobre o comportamento restritivo das *medidas liminares* nas mencionadas ações, o que, entretanto, em necessário reforço ao já afirmado, não exclui a possibilidade de se conceder a necessária extensão conclusiva a todas as demais ações congêneres, inclusive ao posterior advento, em 1994 (Lei nº 8.952, de 13/12/94), do instituto jurídico-processual da *Tutela Antecipada*.

2. Requisitos para a concessão de medidas liminares.

Muito embora, nem sempre, na prática cotidiana, a decisão final pela *concessão* de *medidas liminares* implique na plena e total observância, por parte do julgador, de *específicos limites existentes* para a prolação final do *decisum* – ou seja, os requisitos tradicionais do *periculum in mora*¹ e do *fumus boni iuris*² –, é cediço concluir que a legislação

1 O conceito técnico de *periculum in mora* pode ser traduzido pelo fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou durante o curso do mandado de segurança, e de outras ações que admitem o provimento liminar, aferido através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado – e nunca no genérico juízo de possibilidade (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos).

2 *Fumus Boni Juris* pode ser conceituado como a *probabilidade plausível* (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável, considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões, a respeito do direito material do autor (requerente ou impetrante), não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. “A tutela cautelar só é viável se a pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal caracteriza-se como provável, não bastando que seja razoável e muito menos que seja simplesmente possível.” (2º TACivSP, MS 179.088-2, Quarta Câmara, Relator Juiz Aldo Magalhães, j. 07/05/1985, v.u., JTACivSP n. 99/267)

autorizadora do *provimento liminar*^{3,4}, em nenhuma hipótese, permite o excepcional⁵ *deferimento* do instituto sem a devida comprovação de seus *pressupostos vinculantes positivos*, além do seu *requisito negativo implícito*.

3 Caráter administrativo do provimento liminar

De um modo geral, considera-se que o provimento liminar de conteúdo cautelar possui um incontestável caráter administrativo. De fato, embora caracterizado como providência determinada pelo órgão judicial – provimento com escopo de prevenção –, em muitos casos a medida é concedida independentemente da observância formal do princípio do contraditório. Assim o é tanto no mandado de segurança e nas demais ações que expressamente admitem a liminar, como também, de modo geral, nas medidas cautelares. Diante de certas situações de urgência, e para evitar o perecimento de direitos, a lei autoriza ao juiz a concessão de liminares, sem ouvir a parte contrária. Na concessão dessas medidas *inaudita altera pars*, ocorre, em grande medida, o que NERY JÚNIOR denomina “limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil, e que se exterioriza, quando a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso do provimento cautelar, em forma ou não de liminares, em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 133)

4 Liminar como “mera prevenção do direito”

É importante salientar, por oportuno, que alguns autores – aparentemente confundindo o fato da inexistência de efetivo *processo cautelar* nos provimentos assecuratórios previstos, em forma de *liminar*, em algumas ações cognitivas (como, por exemplo, o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, a *ação popular* etc.), com a irrefutável natureza jurídica cautelar destes mesmos procedimentos – têm sugerido (confundindo, inclusive, os conceitos de *processo* e *procedimento*) a sinérgica inexistência de nítido *procedimento de feição cautelar* (exteriorizado por intermédio de medidas liminares) nos *writs* constitucionais, insinuando, de maneira visivelmente equivocada, que, nestes casos, os respectivos *provimentos liminares*, expressamente previstos, se constituem em “meras prevenções do próprio direito”:

“A liminar no mandado de segurança, na ação popular, na declaração de inconstitucionalidade de lei, é mera prevenção do próprio direito, em nada se caracterizando com uma medida cautelar. Servem ao processo em que são proferidas, e não têm sequer procedimento cautelar, inseridas que estão no contexto da própria ação”. (CASTRO VILLAR, Willard de. *Ação cautelar nominada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 79)

5 É importante registrar que o *deferimento* da medida liminar é sempre excepcional, até porque umbilicalmente ligado à sinérgica demonstração quanto à efetiva presença de seus requisitos ensejadores, em decisão fundamentada pelo magistrado.

Em outras palavras, a existência efetiva da *relevância* dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da *não-produção* do denominado *periculum in mora inverso* (a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação, contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou ao requerente).

Uma vez que o deferimento da medida liminar possui caráter meramente preservatório (de exclusivo objetivo de garantia da *inteireza* da sentença), cuja reconhecida função social é exatamente fazer cessar, em caráter temporário, o ato impugnado, até que – em face da indiscutibilidade do direito invocado e comprovado – possa o magistrado decidir, sem incorrer em *error in iudicando*, não pode, em nenhuma hipótese, por efeito, a concessão da medida pretendida produzir o que, há muito, passou-se a denominar *grave lesão à ordem pública*, compreendendo nesse conceito a chamada *ordem administrativa em geral*, ou seja, o normal andamento da execução do serviço público, o regular prosseguimento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas (TFR, SS 4405/SP, DJU 07/12/1979, p. 9221).

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento sumário, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio – mas com as características particulares da provisoriedade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC) –, a concessão da medida liminar (na qualidade de simples antecipação da medida cautelar), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos) e da *não-produção* do denominado *periculum in*

mora inverso (requisito negativo), incluindo o anterior conceito restritivo da “grave lesão à ordem pública”, encontra-se irremediavelmente condicionada à observância adicional da especial restrição imposta pelo artigo 804 c/c artigo 797, ambos do Código de Processo Civil, que só permite o deferimento da *antecipação cautelar* (em forma de *liminar*), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas comprovadas situações em que a *citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz*, caso em que *poderá* o magistrado (e, nos casos de o requerido ser parte integrante da Fazenda Pública, *deverá* obrigatoriamente) determinar que o requerente preste *caução real* ou *fidejussória*, objetivando garantir o ressarcimento dos eventuais danos que o requerido possa vir a sofrer com o futuro julgamento pela improcedência do pedido cautelar definitivo (medida cautelar típica ou atípica).

Portanto, a *concessão de liminar, tanto em mandado de segurança, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar* (as denominadas *antecipações in limine*), é *medida de absoluta excepcionalidade* e, por consequência, nítida vinculação à efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis – o que abrange, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, incluindo a concreta e indiscutível relevância dos motivos alegados, em combinação com a não-produção do denominado *periculum in mora inverso* (compreendendo neste conceito a não-produção da chamada “grave lesão à ordem pública”), além do requisito específico para a concessão de *antecipações cautelares* em forma de *liminar* prevista no artigo 804 do Código de Processo Civil –, sendo certo que, neste diapasão analítico, a mesma jamais pode ser deferida – *ainda que mediante caução* – quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado

no momento de seu julgamento.^{6,7}

6 Ônus probatório quanto aos requisitos da medida liminar Deve ser assinalado – evitando qualquer dúvida a respeito – que o *ônus da prova* quanto à efetiva presença, no caso concreto, dos requisitos autorizadores da *providência cautelar* (em forma ou não de *liminar*) é de exclusiva responsabilidade da parte requerente.

Cabe à mesma, sob este prisma, portanto, a inequívoca e compulsória comprovação de que se encontram sempre presentes, na hipótese trazida à colação, todos os pressupostos que viabilizam o legítimo deferimento da medida pretendida, ou seja, os *requisitos positivos* (que devem sempre estar presentes): *periculum in mora*, *fumus boni iuris* (e relevância do fundamento jurídico do pedido para quem entende se constituir o mesmo em pressuposto autônomo) e, no caso particular de antecipação *in limine* de medida cautelar, a condição especial consubstanciada no artigo 804 do Código de Processo Civil e o *requisito negativo* (que, ao contrário, deve sempre se encontrar ausente): não-produção do denominado *periculum in mora inverso* ou, em outras palavras, a grave lesão à ordem pública (incluindo, nesta classificação, a lesão à ordem administrativa etc.).

Não comprovado qualquer dos pressupostos permissivos da medida vindicada, deve o julgador proceder ao imediato *indeferimento* da mesma, considerando, sobretudo, o caráter excepcional que sempre reveste a concessão da segurança cautelar, exteriorizado ou não através da medida liminar. A regra, por efeito conclusivo, deve ser o *indeferimento* da providência cautelar, notadamente quando houver razoável dúvida quanto à prova (que deve ser relativamente insofismável) de seus requisitos autorizadores. Esta é exatamente a razão segundo a qual é lícito ao juiz fundamentar sumariamente (“pela ausência de efetiva comprovação dos requisitos autorizados”) o pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar, pois doutra forma ocorreria efetiva inversão do ônus probatório, ou seja – em lugar de a parte requerente ter de comprovar a presença de todos os requisitos autorizadores da medida liminar –, restaria ao juiz demonstrar, de forma inequívoca, a ausência de pelo menos um dos pressupostos condicionantes do deferimento da providência cautelar requerida.

7 Deve ser consignado, por oportuno, que o constante deferimento de medidas liminares, em sinérgica afronta aos mandamentos legais restritivos do emprego do instituto (pressupostos de admissibilidade da proteção cautelar), tem contribuído, sobremaneira, para o desprestígio do Poder Judiciário, conforme amplo e constante noticiário crítico a respeito do tema, com destaque especial no caso da cassação do deputado Sérgio Naya:

“Compreende-se que os advogados do deputado Sérgio Naya usem toda sorte de artifício – até desaparecer de sessões da Comissão de Justiça – para impedir ou adiar a cassação de seu mandato.

São recursos de quem tem evidentes dificuldades para discutir a procedência da acusação.

É desalentador, por outro lado, que essa estratégia seja beneficiada pela facilidade com que a Justiça concede liminares. O próprio ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, forneceu a prova de que não existia motivo para a medida que ele mesmo assinara quinta-feira: ouvindo argumentos de parlamentares, não demorou mais

2.1. Do *periculum in mora*.

Sem a menor sombra de dúvida, o *periculum in mora*⁸ constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança ou como *antecipação de cautela*, no caso de medida cautelar em ação com idêntica designação.

(...) Indeterminado o perigo na demora não há como subsistir decisão concessiva de liminar.

(TRF 2ª Região, AI 90.02.24586/RJ, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Arnaldo Lima, p.m., RTRF 2ª Região nº 1)

Tendo-se como não configurado o pressuposto de existência de grave dano de incerta reparação, embora possam ser relevantes os fundamentos que dão base à ação, é de negar a medida cautelar. (STF, ADIn 33-1/DF, Pleno, Relator Ministro Aldir Passarinho, v. u., ADCOAS BJA n. 126.439, 28/02/1990, p. 86)

O *periculum in mora* é, neste contexto, sobremaneira, a *condição necessária* – porém



não suficiente – para o eventual deferimento da medida liminar vindicada ou mesmo para a concessão *ex officio*, operada através do denominado poder cautelar genérico, inerente à própria função do magistrado, na qualidade de representante do Estado-Juiz.

Para a obtenção da *medida liminar* e, consequentemente, da *tutela cautelar* implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela.⁹ E isto somente pode ocorrer, conforme leciona CALVOSA,¹⁰ quando haja efetivamente o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito.

Dois são os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança, previstos no inciso

de 40 minutos para redigir segunda decisão, cancelando a primeira.

Fica o ministro com o mérito de polidamente reconhecer o seu lapso.

Seria melhor ainda se o episódio tivesse efeito pedagógico. O de vencer juízes e ministros que liminares – capazes de trancar procedimentos judiciais, às vezes por muito tempo, sem que seja discutido o mérito do caso – não podem ser concedidas apenas porque alguém pediu, e com base unicamente nas alegações do interessado.”

8 *Periculum in mora*

Para alguns, como CASTRO VILLAR, este perigo da mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva (CASTRO VILLAR, Willard de. *Ação cautelar nominada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 128), ou, como disse CALAMANDREI, é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva. (CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 42)

9 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 92.

10 CALVOSA, Carlos. *Sequestro giudiziari*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII. Torino: UTET, 1960, p. 66.

lo, do art. 7º, da Lei nº 1.531/51: 1) a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*); 2) e perigo de um prejuízo, do ato impugnado poder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (*periculum in mora*). Concorrendo ambos, o juiz, em decisão fundamentada, concederá a liminar. Isto significa que, na falta de qualquer um dos requisitos, a providência liminar deve ser negada.

O professor e magistrado federal Reis Friede, lecionando sobre exame do *periculum in mora* que autoriza a concessão das liminares em geral, inclusive o mandado de segurança, ensina com precisão: “Para a obtenção da medida liminar e conseqüentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto somente pode ocorrer, conforme leciona Carlos Calvosa (*in* Sequestro Giudiziario, Novissimo Digesto Italiano, vol. XVII, p. 66), quando haja efetivamente o risco do perecimento e destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito” (*in* Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular, 2ª ed., Forense Universitária, 1993, p. 97).

No caso, sem muito esforço percebe-se ausência da probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação para o deferimento da liminar.

(TJ/MS, MS 38438-9, Relator Desembargador Helvécio Chaves Martins, DJ 08/08/1994, p. 3847)

A redação conceitual do instituto, como um dos pressupostos fundamentais para o deferimento da medida liminar – ou seja, fundado receio da existência de um dano jurídico (e não propriamente “fundado receio

de dano ao direito de uma das partes”, como disciplina o artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973, considerando que, enquanto não acontecer o julgamento do mérito da chamada “*questão de fundo*”, com a solução da *lide*, não se pode, ainda, falar em efetivo direito da parte que, eventualmente, pode até não ser reconhecido em decisão terminativa – sentença) de difícil ou impossível reparação¹¹ durante o curso da ação que contém o pedido meritório –, refere-se sempre ao interesse processual (e jamais material ou meritório) presente na busca permanente da obtenção de uma real garantia quanto à própria *efetividade* da solução final (prestação das tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva) a ser ditada pelo Poder Judiciário, inspirado, em última análise, no que SIDOU entendeu por bem denominar “instituto cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada”.¹²

11 Dano jurídico de difícil ou impossível reparação

Para a perfeita caracterização do dano jurídico de difícil ou impossível reparação não é suficiente, apenas, a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da *lide*, mas, além deste, a indubitável dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetiva reparação se o mesmo vier a ocorrer:

“Sem que ocorrentes os pressupostos de aparência de bom direito e de perigo da demora da prestação jurisdicional, não se defere liminarmente medida cautelar, requerida no curso da *lide*, quando não evidenciada a *irreparabilidade do dano*” (TFR, AGR 56.647/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Trindade, j. 10/06/1988, v.u., RTFR n. 165/83, destaques nossos).

“São requisitos específicos da tutela cautelar o risco objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte – *dano potencial* – em razão do *periculum in mora*; e a plausibilidade do direito substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou *fumus boni iuris*. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da *lide*, poderá causar ao direito da outra *lesão grave e de difícil reparação*, deve conceder a tutela”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 91).

12 SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 255.

A medida liminar não tem por objeto o mérito da causa, mas a garantia da eficácia do julgado caso favorável ao impetrante. (...)

(STF, MS 20900-3/DF (AgRg), Pleno, Relator Ministro Rafael Mayer, JB n. 163, p. 90, destaques nossos)

Para a concessão de medida cautelar há necessidade de se demonstrar, *initio litis*, a ocorrência dos requisitos essenciais que configurem o temor de dano jurídico iminente e o interesse na preservação da situação de fato, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao *fumus boni iuris* (...)

(TJ/PR, AG 298, Segunda Câmara, Relator Desembargador Negi Calixto, j. 16/08/1989, ADCOAS n. 126.185, destaques nossos)

Processual civil. Liminar deferida, *inaudita altera pars*, em ação cautelar, reajustando aposentadoria previdenciária em 147,06%. Ilegalidade. Segurança concedida para atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento. A liminar, na hipótese, é *contra legem*, afrontando os arts. 797, 798 e 804 do Código de Processo Civil, posto que a lesão admite reparação futura, específica e plena, e o devedor é solvente. O caráter alimentar dos proventos não justifica aumento de aposentadoria através de liminares. Mandado de segurança deferido para atribuição de efeito suspensivo a agravo aviado contra a liminar.

(TRF 1ª Região, MS 91.01.15810-4/MG, Relator Juiz Hércules Quasímодо, v.u., DJ 13/04/1992, Seção II, p. 9098)

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina LIEBMAN,¹³ através de apenas um único julgamento valorativo denominado *probabilidade* sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal. Por efeito, o

dano deve ser aferido sempre pelo juízo de *probabilidade* e jamais pelo simples e genérico juízo amplo de *possibilidade*.¹⁴

O denominado receio de dano há, pois, que ser *objetivamente fundado*, calculado, de forma a mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo restritivo de *probabilidade* acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de *possibilidade*.

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedágio. Rodovias federais. Medida liminar. Pedágio destinado à conservação das rodovias federais. Pedido de suspensão liminar. Ausência de *periculum in mora* visto que não irreversível o desembolso.

(STF, ADIn 24-1/SP, Pleno, Relator Ministro Francisco Rezek, v.u., DJU 09/06/1989, p. 10095)

A avaliação da *plausibilidade* para a aferição do próprio juízo de *probabilidade* na apreciação da presença ou não do requisito em questão, não ensejando a certeza (prova irrefutável), evidentemente permite ao magistrado uma determinada margem de *discricionariedade*, mas jamais verdadeiro

14 Juízo de probabilidade de dano

LOPES DA COSTA lembra com muita propriedade que “o dano deve ser provável” e “não basta a possibilidade, a eventualidade”. E explica: “possível é tudo, na contingência das cousas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange assim, até mesmo, o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A *probabilidade* é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras da experiência comum ou da experiência técnica”. (LOPES DA COSTA *apud* THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1976, p. 77)

13 LIEBMAN, Enrico Tulio *apud* CASTRO VILLAR, Willard de. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 62.

arbítrio que se constituiria através da utilização do referido juízo amplo da *possibilidade* de dano que, assim, estaria apenas *subjetivamente fundado*, calculado de uma forma absolutamente imprecisa.¹⁵ Por outro lado, como adverte REIS,¹⁶ não faria sentido que o juiz, para efeito de certificação do direito à cautela, houvesse de realizar um exame tão longo e tão refletido como o que efetua no processo principal. A proceder de tal forma, o processo cautelar perderia sua razão de ser e mais valeria à parte esperar pela decisão definitiva.

A *plausibilidade* do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isto dar-se-á com muito maior liberdade de ação do que na formação de *certeza* que se exige no processo definitivo.¹⁷

De qualquer maneira, “a decisão deve ser *objetiva*”, isto é, “deve atender aos *factos provados*, dos quais resulte aquela *plausibilidade*”.¹⁸

É ponto tranquilo na doutrina, por ou-

tro lado, que o *risco de dano* deve corresponder sempre a fatos que venham desequilibrar efetivamente uma situação preestabelecida entre as partes, de modo que o perigo preexistente ou coexistente com o nascimento da pretensão realmente justifique a tutela cautelar, em forma de medida liminar¹⁹.

19 Deve ser assinalado, por oportuno, que o motivo determinante (objetivo finalístico) do deferimento da medida liminar em mandado de segurança (a exemplo de outras ações que admitem tal provimento administrativo-cautelar) é, sobretudo, o acautelamento quanto à possibilidade (em verdade, probabilidade-plausível ou simplesmente plausibilidade) de o provimento final (meritório) tornar-se ineficaz ou, em outras palavras, uma garantia cautelar quanto à plena inteireza da sentença, afastando, desta feita, o denominado dano processual de impossível reparação (irreparável) ou, no mínimo, de difícil reparação. Por efeito – de forma diversa do que pode parecer à primeira vista –, o dano a que alude a legislação vertente para caracterizar o principal requisito de concessão da ordem liminar, necessariamente, concerne ao chamado dano processual, ou seja, dano à efetividade do provimento jurisdicional meritório que, a seu tempo, venha a reconhecer o direito autoral. Não se trata, pois, de dano à coisa ou às pessoas (hipótese excepcional presente apenas nas denominadas cautelares administrativas) e nem mesmo de dano necessariamente irreparável, bastando ser de difícil reparação posto que o dano processual de fácil reparação permitiria a plena e adequada correção no momento imediatamente subsequente à prolação do pronunciamento judicial sentencial.

Por esta sorte de considerações, condenável, como bem adverte HUGO DE BRITO MACHADO (*In* “A medida liminar e o *solve et repete*”, *Correio Brasiliense*, 14/05/2001), a decisão do TRF da 5ª Região (AI 25.660/PE, j. 19/09/2000, Boletim de Jurisp. n. 132/2001, p. 59), que concluiu que “a cobrança de tributos não configura dano irreparável, pois é franqueada ao contribuinte a via da ação de repetição de indébito, o que torna perfeitamente possível o retorno ao *status quo ante*”, considerando que a exigência da lei *in casu* cinge-se apenas ao dano processual de difícil reparação e igualmente não à ampla possibilidade – e sim à plena e restrita plausibilidade – de completo retorno ao *status quo ante*, o que, em muitas situações, resta improvável pela via do ajuizamento (posterior) da ação de repetição de indébito ou de qualquer outro processo cognitivo. Portanto, como bem já decidiram o STF (ADIn 567/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 12/09/1991, DJ 04/10/1991, p. 13779, RTJ Gen 138/60) e o próprio TRF da 5ª Região (MS 48.557/PE, j. 07/04/1995), o dano processual, caracterizador do pressuposto cautelar, é todo aquele cuja reparação não pode ser determinada plenamente (em sua efetiva inteireza) pela própria sentença proferida na sede da ação principal (mandamental ou de outra natureza, conforme o caso), traduzindo a sua necessária e sinérgica efetividade jurisdicional.

15 Juízo de possibilidade de dano

Não obstante o elogiável esforço da doutrina e da jurisprudência, nos últimos anos, no sentido de precisar a margem de discricionariedade dos julgados para a avaliação da presença ou não do requisito do *periculum in mora*, através especialmente do estabelecimento dos conceitos dos diferentes juízos de probabilidade e de possibilidade e, sobretudo, da questão da plausibilidade do fundamento invocado, uma parte extremamente minoritária e praticamente isolada, tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda insiste na utilização da expressão genérica “possibilidade” para registrar a presença ou não de *dano* a que alude o *periculum in mora*.

“No âmbito da cautelar cabe, apenas, ao julgador perquirir da *possibilidade* do dano grave conseqüente à ineficácia do processo principal *periculum in mora* e dos indícios de um possível direito *fumus boni iuris* a ser acautelados. Tais são as condições ou requisitos específicos da tutela cautelar” (TJ/RJ, AGR 9.476, Oitava Câmara, Relator Desembargador Eugênio Sigaud, j. 22/10/1985, v.u., destaca-nos).

16 REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Porto Alegre: Ajuris, 1985, p. 26.

17 THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1976, p. 78.

18 LOPES DA COSTA *apud* THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1976, p. 45.

A ineficácia da sentença que defere o mandado de segurança não ocorre apenas quando o *dano decorrente do ato impugnado seja irreparável*. Para que se possa afirmar tal ineficácia, basta que a sentença que defere o mandado de segurança não tenha a aptidão de, ela própria, corrigir a ilegalidade de modo útil, vale dizer, determinando desde logo a reparação do dano.²⁰

Como bem lembra CONIGLIO,²¹ a insolvência iminente que justifica um arresto não é a mesma que preexistia e era conhecida do credor ao tempo da constituição da dívida. O perigo de se tornar inexecutível o crédito deve surgir após sua criação, como fato novo, que agrave as condições econômicas do devedor.

Nessa mesma ordem de ideias, PONTES DE MIRANDA reafirma que as medidas cautelares supõem “*superveniência dos fatos e necessidade de se afastar o óbice da antecedência ou mesmo da coexistência do perigo de dano*”.²²

Acertada, pois, é a conclusão de SILVA, segundo a qual

(...) o perigo de perda do interesse, ou de graves danos posteriores ao nascimento do próprio direito, ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente, ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer.²³

2.2. Do *fumus boni iuris*.

Logo em seguida ao exame da indispensável presença do requisito fundamental do *periculum in mora*, a comprovação da efetiva existência do pressuposto do *fumus boni iuris* faz-se mister para a conclusão final da primeira fase do exame de viabilidade da *medida liminar* (em mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, dentre outras, ou como antecipação de tutela na ação cautelar) vindicada ou derivada do poder cautelar genérico.

Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão-somente, a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da *demonstração do requerente, da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar*, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida.

(TJ/AL, AG 5618, Primeira Câmara, Relator Desembargador Paulo da Rocha Mendes, v.u., DJ 01/09/1989, ADCOAS n. 128.860, destaques nossos)

Em temas de cautelar, não demonstrada satisfatoriamente a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, escoreito o *decisum* de primeiro grau que dá pela sua improcedência.

(TJ/MS, APEL 263, Primeira Turma, Relator Desembargador Milton Malulei, j. 01/08/1989, v.u.)

Segundo o pensamento de Calamandrei,²⁴ que já tivemos a oportunidade de expor neste trabalho, o objetivo último da providência cautelar, ínsito na medida liminar (seja nas ações de rito especial que a proveem ou na

20 MACHADO, Hugo de Brito. A medida liminar e o *solve et repete*. *Correio Brasiliense*, 14/05/2001.

21 CONIGLIO, Antônio *apud* THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1976, p. 79.

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 2000, v. III, p. 312.

23 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 70-71.

24 CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

ação, de rito especial sumário, cautelar), é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio ou até mesmo em decorrência de má-fé de uma das partes.

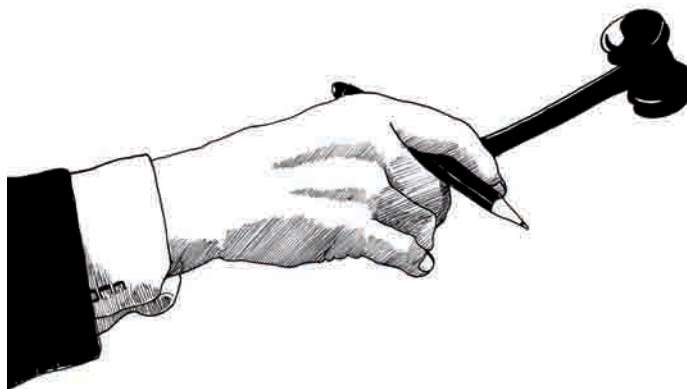
Dado a própria urgência da medida preventiva, evidentemente não é possível ao julgador o exame pleno do direito material invocado pelo interessado (mesmo porque isto é objetivo do julgamento de mérito na ação principal e não do procedimento liminar), restando, apenas, uma rápida avaliação quanto a uma “provável (não simplesmente possível) existência de um direito” – a ser verificado pelo juízo próprio de *plausibilidade* –, que, em última análise, será oportunamente tutelado no momento da apreciação do pedido meritório principal, ou seja, quando do julgamento da segurança no *mandamus*, da sentença no *habeas corpus*, na ação popular e na ação civil pública, entre outras ações que admitem *liminar*, ou, ainda, no julgamento do processo principal no caso da ação cautelar.

É exatamente isto, por efeito, que constitui o denominado *fumus boni iuris*, ou seja, “o juízo de *probabilidade* e *verossimilhança* do direito cautelar a ser acertado”.²⁵

Fiel a seu entendimento de que a cautela é medida antecipatória da eficácia do provimento definitivo, ensina CALAMANDREI que a declaração de certeza de existência do direito é função do processo principal:

(...) para a providência cautelar basta que, segundo um *cálculo de probabilidades*, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar.²⁶

Mas este não é, contudo, o único entendimento aceito pela moderna doutrina a respeito do tema.



Segundo o pensamento de vários autores que seguem os ensinamentos de CARNELUTTI, não se deve ver na tutela cautelar qualquer tipo de acerto do processo, a fim de assegurar-lhe unicamente eficácia e utilidade práticas ou, em outras palavras, uma tutela específica que busca apenas e tão-somente “evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo”.²⁷

Comungamos, no entanto, do ponto de vista de que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, *data maxima venia*, definitivamente firmada, de forma irredutível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a *medida liminar*, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente *administrativo-cautelar*, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da

Comungamos, no entanto, do ponto de vista de que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, *data maxima venia*, definitivamente firmada, de forma irredutível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a *medida liminar*, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente *administrativo-cautelar*, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da

25 CASTRO VILLAR, Willard de. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 59.

26 CALAMANDREI *apud* CASTRO VILLAR, Willard de. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 59-60.

27 CARNELUTTI, Francesco. *Direito e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 356.

decretação da medida, e com nítido objetivo de *provisão cautelar*, por excelência, garantidora, em última análise, da *efetividade* da sentença – sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas –, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória (e, por consequência, não se constitui numa simples “tutela do processo”, desprovida de qualquer essência mais abrangente, como doutrina CARNELUTTI), mas que, ao mesmo tempo, e, em nenhuma hipótese, pode ser confundida, em sua plenitude, com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende CALAMANDREI), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular, inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo de exclusividade.

O fumus boni iuris consiste na probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou então a ser instaurado. A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – sumaria cognitio.

(TJ/SP, APEL 144.007-2, Décima Quinta Câmara, Relator Desembargador Ruy Camilo, j. 07/06/1989, v.u., RJTJSP 121/104, destaques nossos)

A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de *probabilidade* e por isso seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – *sumaria cognitio*. Sobre o insucesso da ação principal, diga-se, em tese, que o Código admite, expressamente, a possibilidade de que alguém obtenha uma providência cautelar e, no entanto, venha depois a sucumbir no processo principal. Que mostra isso? *Mostra exatamente que a concessão da providência cautelar não está condicionada*

*à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte. Pode acontecer que o juiz, diante dos elementos que lhe foram trazidos, suponha provável a existência desse direito, e, no entanto, mais tarde, através de investigação aprofundada que vai fazer sobre a matéria, chegue à convicção de que na realidade o suposto direito não existia. Agora, é evidente que pelo menos tem de haver elementos capazes, *prima facie*, de tornar *razoável*, aos olhos do juiz, a suposição da existência do direito – o *fumus boni iuris*.*

(TJ/SP, EMBS 89.820-2, Décima Oitava Câmara, Relator Desembargador Benini Cabral, j. 16/03/1987, ADCOAS n. 115.982, destaques nossos)

É exatamente sob essa ótica que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando o verdadeiro liame subjetivo que associa o mérito do pedido principal (*mérito primário*) ao mérito da providência cautelar (*mérito secundário*), cuja absoluta coincidência – em casos flagrantemente excepcionais – pode vir, até mesmo (em situações limítrofes), a dar origem às chamadas *medidas cautelares satisfativas*.²⁸

28 *Fumus boni iuris* como elemento de ligação entre o mérito cautelar e o mérito da ação principal

É evidente que não estamos aqui a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o mesmo do fundamento material alegado pela parte. Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas as pretensões (a principal e a cautelar) através do *fumus boni iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja LIEBMAN (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 36), amparado na doutrina de CARNELUTTI – ao defender na providência cautelar a existência de uma “mera ação” à base de simples interesse e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares) –, é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender CAMPOS: “Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao *direito de ação*, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material.” (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de direito processual*. Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974, p. 128-132)

O *fumus boni iuris* – correspondendo exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade de efetiva existência do direito material reclamado (e não simplesmente, como deseja CAMPOS, “simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação”²⁹ (que, em essência, se constitui numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir) –, ao lado do *periculum in mora*, se constitui, portanto, no próprio e específico conteúdo de fundo (coloquial e convencionalmente chamado de “*meritório*”) da providência cautelar (e da ação cautelar, em especial),³⁰ não podendo ser entendido, em nenhuma hipótese, apenas como simples condição específica da ação instrumental autônoma cautelar ou de seu *substrato liminar*, salvo quando o juízo valorativo dirige-se única e exclusivamente para os requisitos de concessão, e não para o seu conteúdo.^{31,32}

29 *Ibidem*, p. 132.

30 Equivalência da sentença na ação cautelar à medida liminar nos *writs* constitucionais

Na verdade, a medida liminar em mandado de segurança, ação popular e ação civil pública é muito mais aproximada, em termos de equivalência, à medida cautelar, insita na ação cautelar, do que propriamente, como supõem os menos avisados, equivalente à medida liminar prevista no artigo 804 do Código de Processo Civil, cuja natureza jurídica é de simples antecipação da própria medida cautelar.

Não obstante a medida liminar, nas ações de rito especial que a preveem, não estar associada a um processo autônomo – como a medida cautelar na ação com idêntica designação – a exemplo desta última, a medida liminar nos *writs* também possui um conteúdo meritório próprio e específico (cujo liame subjetivo que o associa com o mérito do pedido principal é exatamente o *fumus boni iuris*), considerando que muito embora esteja inserida no mesmo processo e, por efeito, na mesma ação, possui, em qualquer hipótese, em seu *procedimento* peculiar, um relativo e elevado grau de autonomia.

31 *Periculum in mora* e *fumus boni iuris* como condições específicas da ação cautelar

Em sentido contrário, no que tange especificamente às ações cautelares, temos, entretanto, as seguintes opiniões: “as cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, gerando *carência de ação* a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbítrio do juiz” (TA/MG, APEL 42.409, Segunda Câmara, Relator Juiz Garcia Leão, j. 21/12/1988, v.u., RJTAMG n. 34 e 37/340, ADCOAS n. 125.490, destaques nossos).

32 *Fumus boni iuris* como condição específica e particular da ação cautelar

Tratando-se de medida cautelar, deverá ser a pretensão objetivamente razoável, dependendo da presença dos pressupostos especiais de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, sem o que faltará interesse para agir, impondo-se a extinção do processo por *carência de postulação*. (TACiv/SP, APEL 221.433-4, Primeira Câmara, Relator Juiz Quaglia Barbosa, j. 01/06/1988, v.u., JTACivSP n. 11/382, destaques nossos)

(...) além das condições gerais, comuns a todas as ações – legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual –, as medidas cautelares devem ter duas outras condições especiais, o *fumus boni iuris* situado no campo da possibilidade jurídica e o *periculum in mora* situado no campo do interesse processual. (...) *considerados o periculum in mora e o fumus boni iuris como condições especiais de admissibilidade da ação cautelar, ou como o próprio mérito desta*, o que mais interessa é que não será tutela jurisdicional cautelar prestada, sem que tais requisitos estejam presentes.

(TJ/SP, APEL 112.879-2, Décima Quarta Câmara, Relator Desembargador Marcus Vinicius, j. 29/12/1986, v.u., RJTJSP n. 106/175, destaques nossos)

Digna de menção, entretanto, é a posição de CAMPOS (defendida em parte por THEODORO JÚNIOR) e assente com CASTRO VILLAR, para quem, “ao acertar o *fumus boni iuris*, o juiz acerta apenas a probabilidade e verossimilhança do pedido cautelar e não do pedido de fundo”. (CASTRO VILLAR, Willard de. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 61).

Em suma, o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como o *fumus boni iuris*, deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal –, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direto ao processo principal a ser tutelado. (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de direito processual*. Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974, p. 132)

É importante mencionar, a propósito, que, para estes autores, o *fumus boni iuris* é mera condição específica da ação cautelar, não se constituindo em mérito da mesma, o que nos remete a uma curiosa conclusão: a ação cautelar, embora possua pressupostos processuais e condições genéricas e específicas, não possui qualquer conteúdo meritório e, portanto, talvez nem “*ação possa ser considerada*”.

2.3. Relevância do fundamento do pedido e possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar.

O direito positivo vigente explícita, de forma peremptória, o duplo fundamento da providência cautelar e, especificamente, os requisitos básicos da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, a saber: a) *a relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados* (expressões sinônimas) e b) *a irreparabilidade* (ou, no mínimo, a extrema dificuldade de reparabilidade) futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado, caso, mais tarde, fosse deferida a ordem (no julgamento da segurança vindicada), que seria, neste caso, totalmente inócua (porque extemporânea), ineficaz e inidônea para restabelecer o *status quo ante* (“Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” – Lei nº 12.016, de 07/08/2009, art. 7º, III).

No mesmo sentido, as leis anteriores de 1936 e de 1939 punham em relevo as condições em que seria concedida a liminar: “quando se evidenciar desde logo *a relevância do fundamento do pedido*, decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a *requerimento do mesmo impetrante*, mandar preliminarmente sobrestar ou suspender o ato aludido” (Lei nº 191, de 16/01/1936, arts. 8º e 9º); “quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável do direito do requerente, o juiz mandará, desde logo, suspender o ato” (Lei nº 1.608, de 18/09/1939, art. 324, § 2º, que instituiu o CPC).³³

33 É importante ressaltar que no regime de vigência da Lei nº 191, de 1936, a liminar era concedida tão-somente mediante iniciativa do impetrante (arts. 8º e 9º), considerando-se decisão *ultra petita* aquela que ordenasse a suspensão do

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, entretanto, afastou quaisquer dúvidas a respeito, quanto à possibilidade ampla de o magistrado proceder *ex officio* na prestação da tutela cautelar, em forma de liminar, ao afirmar simplesmente que, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (art. 7º, II). A nova Lei nº 12.016, igualmente, em seu art. 7º, III, reforçou a mencionada tese jurídica.

É o magistrado, portanto, quem irá, em última análise, valorar o fundamento do pedido – como bem lembra CRETELLA JR.³⁴ – ao apreciar o caso, em concreto, e julgar se o sobrestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida não se torne inócua, ou ineficaz. A *liminar* não tem, portanto, de ser, necessariamente, objeto do pedido. Decorre da própria natureza do ato a ser desfeito. E quem decide isso é unicamente o juiz, *sponte sua*, dispensando a anterior necessidade inafastável de provocação pelo impetrante no *mandamus*.

O impetrante pode, como leciona CRETELLA JR., muitas vezes, nem atinar com a necessidade da *liminar*. O impetrante dá os fatos, assinala, ao mesmo tempo, a natureza lesiva do ato impugnado. Prova, documentalmente, o alegado. O juiz decidirá, em última análise, se o socorro é urgentíssimo ou apenas urgente³⁵.

Não tem razão, portanto, SANTOS,

ato, sem aquela solicitação da parte. O Código de Processo Civil de 1939, é interessante notar, prestigiava esse modo de considerar as coisas, ao preceituar que “o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido”. (CRETELLA JR., José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 189, destaques nossos)

34 *Ibidem*, p. 190.

35 O exemplo do mandado de segurança se aplica, por perfeita analogia, aos demais casos de ação popular, ação civil pública e ação cautelar, esta última, inclusive, por específica disposição legal do Código de Processo Civil, interpretada por extensão quanto ao seu alcance.

quando diz que “a suspensão liminar do ato depende de requerimento da parte a ser formulado com a inicial, ou em qualquer fase do processo”.³⁶

Muito pelo contrário, a razão está, certamente, com a doutrina de NUNES, quando escreve que

(...) a suspensão liminar está facultada ao juiz para que não se frustre o direito reclamado, quando bem fundado o pedido, considerando ser esta uma apreciação em que o juiz terá que se mover necessariamente com certa liberdade.³⁷ Se for motivo de razoável receio que o mandado a ser ulteriormente concedido já se encontre irreparavelmente comprometido quanto ao direito reclamado – como no caso em que se desse posse ao funcionário nomeado, com preterição do impetrante –, é fato que a eventual irreparabilidade, ainda que relativa (porque menos atingido o impetrante do que o erário público que teria que suportar o ônus do pagamento dos funcionários) já seria razão suficiente para suspensão liminar.³⁸

No mesmo sentido, SIDOU esclarece que o fundamento é de ordem subjetiva e não processual. Postule ou não o queixoso a suspensão do ato lesivo, o juiz diligenciará nesse sentido, sob pena de, não o fazendo, esbarrar em casos diante dos quais sua sentença não terá razão de ser. “Será um julgamento vazio”.³⁹

36 SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 158.

37 Concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma ou não de medida liminar pelo juiz
Esta posição doutrinária, flagrantemente majoritária, segundo a qual a tutela cautelar, em forma de medida liminar ou não, pode ser concedida *ex officio* pelo magistrado, independentemente de provocação pelas partes, é importante lembrar, já foi por nós exaustivamente abordada no capítulo específico que trata do poder cautelar geral e genérico.

38 NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 348.

39 SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 347.

Por efeito conclusivo, a apreciação do *fundamento relevante é facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a sinérgica operacionalização de um móvel capaz de – em conjunto com os demais requisitos indispensáveis ao deferimento da medida liminar – fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

(...) A cautelar visa à segurança e não ao reconhecimento do direito.

(TJ/RJ, APEL 36.501, Sétima Câmara, Relator Desembargador Graccho Aurélio, j. 21/05/1985, v.u, RF n. 291/243)

A medida liminar é provimento cautelar de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnando.⁴⁰

40 MEIRELLES, Hely Lopes. *Do mandado de segurança*,

2.3.1. Relevância do fundamento do pedido, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A doutrina majoritária tem entendido que os requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado no *mandamus*, consoante o artigo 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, *verbis*:

Art. 7º. Ao despachar a inicial o juiz ordenará:

(...)

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando *houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida*, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. (destaques nossos)

Se identificam perfeitamente com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como se depreende claramente da norma transcrita – artigo 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 – a providência liminar visa a “paralisar a prática de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário”⁴¹ ou “a incolumidade da sentença”⁴² assegurando consequentemente “a possibilidade de satisfação a ser declarada em sentença, do direito do impetrante”⁴³ o que se constituiria visivelmente nos mesmos objetivos das medidas cautelares de modo geral (e, por efeito, seus requisitos seriam os mesmos).

O problema do relacionamento da *providência cautelar* com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe, não resta a menor dúvida, haja vista a *natureza essencialmente cautelar nas liminares* próprias do mandado. A *liminar* aí funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública.⁴⁴

Quanto ao fato de ter a medida liminar em mandado de segurança, pelas suas próprias características e finalidades, *a mesma feição nítida de igual providência em ação cautelar – nominada ou inominada*, com as vantagens e ônus decorrentes do próprio ato, praticamente, ninguém tem qualquer dúvida.

A questão coloca-se exatamente em saber se o requisito da “relevância do fundamento do pedido” corresponde ou não exatamente ao *fumus boni iuris* – ou, até mesmo, em parte, ao *periculum in mora* – em qualquer medida liminar, presente indistintamente nos *writs* constitucionais ou mesmo na ação cautelar, na qualidade de antecipadora de tutela cautelar.

Embora estejamos – possivelmente pela primeira vez neste trabalho – em posição francamente minoritária, entendemos pela doutrina segundo a qual a “relevância do fundamento do pedido”⁴⁵ constitui-se em um

ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

41 TEMER, Michel. Mandado de Segurança: cabimento da medida liminar após a sua denegação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14/15, 1989, p. 76.

42 SIDOU, J. M. Othon. Medida liminar em mandado de segurança. *Revista da Procuradoria do Estado do Ceará*, Fortaleza, n. 2, 1980, p. 31-42.

43 NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 349.

44 LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia temporal da medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, 1986, p. 7.

45 Fundamento jurídico do pedido e fundamento relevante

terceiro e autônomo requisito para o deferimento da medida liminar, tanto no mandado de segurança (disposição legal expressa) como na ação popular, na ação civil pública e na ação cautelar, perfazendo – em conjunto com o quarto requisito (a não-produção do *periculum in mora* inverso) – a segunda fase do juízo próprio de admissibilidade da medida liminar.

2.4. *Periculum in mora* inverso.

Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não – ao lado do requisito da “relevância do fundamento do pedido” e, necessariamente, após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativos à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) –, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua “não-produção”, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação) contra o réu (impetrado ou requerido), como consequência direta da própria

concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

(...) considero, na verdade, que o *periculum in mora* existente no mandado de segurança não é uma via de mão única. O *periculum in mora* é uma via de dupla mão de direção. Há que se atentar que, à medida que possa existir o perigo da demora ao direito do administrado, muitas vezes pode concorrer o *periculum in mora* ao direito de administração.⁴⁶

Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz dobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegado, que será imposto aos requeridos (...)

(TJ/RS, AGR 584.044.135, Primeira Câmara, Relator Desembargador Athos Gusmão Carneiro, j. 26/02/1985, v.u., RT n. 598/191)

Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competente afirmação – assente com a doutrina – do ex-desembargador do TJ/RS e ministro aposentado do STJ, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a respeito do tema e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar “salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar”. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não-concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquirir sobre o *fumus*

BEZNOS traça um interessante paralelo entre o fundamento relevante, como requisito da liminar, e o “fundamento jurídico do pedido”, como um dos requisitos preconizados pelo artigo 282 do Código de Processo Civil. O autor afirma que o fundamento jurídico nada mais é que uma relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as consequências pedidas.

Quanto à *relevância* que se pode exigir desse fundamento jurídico, BEZNOS entende que ela consiste apenas na *viabilidade aparente* (e daí a confusão com o requisito do *fumus boni iuris*) de que os fatos descritos possam redundar na consequência pedida no mandamus. Exigir mais do que isto seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar. Arrematando: relevante será o fundamento possível dentro do ordenamento jurídico, capaz de levar à conclusão pedida pelo impetrante.

Por fim, alerta o ilustre articulista que, presente essa relação de adequação entre os fatos narrados e a providência pedida, deve o juiz atentar muito mais para o *periculum in mora* sob pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional de defesa pelo writ. (BEZNOS, Clóvis. A liminar em mandado de segurança, limites à discricionariedade do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba: Forense, v. 31, 1982)

46 BEZNOS, Clóvis. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 117-118.

boni iuris, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares).⁴⁷

No mesmo sentido, relaciona LACERDA, tratando do poder cautelar geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no que tange à observação do requisito do *periculum in mora* inverso: “as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares” devem ser sempre observadas bilateralmente, eis que se encontra diretamente em jogo “o bom nome e até a seriedade da justiça”.⁴⁸

De forma inclusive mais contundente, adverte também ARAGÃO que “há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar”.⁴⁹

A *não-produção* do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar – a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória –, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte – mas tranquila para outra – por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis)⁵⁰.



Ação cautelar. Liminar. Cassação, pois que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* militam, no caso, em favor da parte contrária. Se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* militam em favor do requerido, dá-se provimento ao agravo para cassar-se a liminar deferida em favor dos requerentes.

(TRF 1ª Região, AI 91.01.06748-6/MG, Segunda Turma, Relator Juiz Hércules Quasímodo, v.u., DJ 13/04/1992, Seção II, p. 9112)

Por outro lado, a ausência de um estudo mais apurado sobre a efetiva presença dos principais requisitos autorizadores para o deferimento da medida liminar vindicada (relativo ao que entendemos por bem deno-

47 CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminares na segurança individual e coletiva. *Revista da AJUFE*, Brasília, mar./jun. 1992, destaques nossos.

48 LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

49 ARAGÃO, Egas Moniz de. Poder cautelar do juiz (medidas provisórias). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990.

50 Escolha na imposição do gravame à parte pelo julgador

O próprio princípio da imparcialidade do julgador jamais poderia lícitamente permitir a “escolha” consciente da imposição de qualquer gravame a uma das partes, até porque este não é o verdadeiro objetivo do processo cautelar autônomo ou do procedimento cautelar em forma de liminar que visa exatamente a encerrar a eventual situação de risco, garantindo a certeza da decisão final e, por consequência, a efetividade da sentença.

minar primeira fase, ou seja, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*), além de um juízo reflexivo mais abrangente quanto à *relevância do fundamento do pedido* (relativo à chamada segunda fase ou fase subsequente da avaliação), pode ensejar, por parte do magistrado, uma indesejável análise superficial da questão, conduzindo-o a um eventual e leviano deferimento da medida (que sempre sustenta caráter de absoluta excepcionalidade, ou seja, em caso de dúvida, quanto à efetiva presença dos pressupostos, a *não-concessão da medida liminar deve ser a regra*) em virtual prejuízo do próprio instituto cautelar, com flagrante resultado de desprestígio à justiça, em termos gerais, e ao Poder Judiciário, em particular, podendo até mesmo vir a constituir-se em instrumento capaz de produzir uma excepcional e teórica situação analógica de *periculum in mora* inverso contra a, em princípio, intangível acepção maior do *Estado-juiz*.⁵¹

51 Condições fundamentais para a ampla aceitação do Judiciário pela sociedade

LUHMAN aponta três condições fundamentais para o Poder Judiciário ser aceito pela sociedade: a) *produzir decisões* (sentenças); b) *implementar decisões*; e c) *solucionar ou minorar*, de forma real, o conflito aparentemente resolvido na sentença. (LUHMAN, Niklos *apud* FALCÃO, Joaquim. Quem julga o Supremo? *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 set. 1992, p. 7)

Embora a primeira condição pareça óbvia porque todos, aparentemente, vão ao Judiciário para buscar uma decisão (na realidade fática), esta condição preliminar não só não é óbvia, como ainda é de difícil operacionalização porquanto (talvez, até na maioria dos casos) os jurisdicionados não buscam no Poder Judiciário propriamente uma decisão e, sim, buscam, na maioria dos casos, *evitar* esta mesma decisão.

O aparente paradoxo, no entanto, é resolvido pela simples observação da prática judiciária do dia a dia. Por exemplo, quantas pessoas, de fato, preferem recorrer à Justiça, através de *medidas cautelares* (com previsão *liminar*), para, através, de pseudogarantias de fiança bancária, deixar – ou pelo menos adiar *sine die* – de recolher importante volume de tributos ao Fisco, sob os mais diversos argumentos que mais tarde – ou mesmo concomitantemente em processo equivalentes – são julgados improcedentes ou, na verdade, não possuíam qualquer chance real de êxito? Quantos inquilinos, segundo o próprio exemplo de FALCÃO (ob. cit.), preferem recorrer ao Judiciário a pagar o aumento do aluguel contratado, apostando num eventual acordo com o proprietário premido pela lentidão de uma solução final (ou de uma eventual anistia fiscal, no primeiro caso)?

Portanto, nem mesmo podemos afirmar que a primeira

A concessão, indiscriminadamente transformada em verdadeira benesse, vem retirando a seriedade do denominado remédio heróico, enfraquecendo o *writ* como *remedium iuris* excepcional, em desprestígio da própria justiça enquanto instituição. E, não raras vezes, após a concessão da *liminar*, o mandado não é provido, mas o fato já se tornou irreversível e consumado. A concessão de *liminar* há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. *A concessão indiscriminada de medidas liminares poderá levar ao referendo de caprichos e procrastinações, às vezes irreversíveis, com desprestígio do próprio Poder Judiciário (...)*⁵²

2.4.1. *Periculum in mora* inverso e grave lesão à ordem pública.

Não obstante ser considerada tradicional a nomenclatura *grave lesão à ordem pública*, consagrada pela redação do artigo 4º da Lei nº 4.348/1964 (revogada pela Lei nº 12.016/2009), *verbis*:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e economia públicas*, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato. (destaques nossos)

É importante advertir que essa expressão não é absolutamente sinônima do termo *periculum in mora* inverso (na qualidade de pressuposto fundamental para a concessão da

condição para o Judiciário ser aceito pela sociedade encontra-se, de forma plena e absoluta, satisfeita.

52 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Execução na justiça do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 194, destaques nossos.

medida liminar), guardando, na verdade, em relação a este, uma íntima relação de *espécie e gênero*.

Por efeito, o requisito da não-produção do denominado *periculum in mora* inverso abrange, em sua plenitude, o chamado risco de *grave lesão à ordem pública* (incluindo, neste último, a *ordem administrativa em geral*)⁵³, sem, no entanto, esgotar o instituto, uma vez que, reconhecidamente, pode também existir a hipótese em que o *gravame* (ou prejuízo efetivo irreparável ou de difícil reparação) derivado do eventual deferimento da medida liminar (sobretudo como antecipação de tutela cautelar na ação própria), venha a atingir apenas um particular e, por consequência, um interesse eminentemente privado.

A conclusão, portanto, é no sentido de que o pressuposto genérico da não-produção do *periculum in mora* inverso (ou *reverso*) possui uma dimensão muito mais ampla que, necessariamente, transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por esta razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior.

2.4.2. Das divergências perceptivas sobre o *periculum in mora* inverso.

Não obstante a mencionada consagração da expressão “*periculum in mora* inverso”, é importante ressaltar que muitos equívocos e uma certa incompreensão do novel requisito ainda continuam a existir no seio da nossa comunidade acadêmica.

Muito provavelmente, a confusão mais comum é exatamente a de não compreender que o *periculum in mora* inverso é precisamente a *concepção reversa* do mais importante pressuposto autorizativo para a concessão da *tutela cautelar* ou *antecipatória*, em forma de provimento liminar, ou seja, o *periculum in mora*.

Neste sentido, alguns articulistas têm apontado, em evidente equívoco, que o requisito negativo consubstanciado no *periculum in mora* inverso se traduz pela previsão original ínsita no artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de *irreversibilidade* do provimento antecipado”),⁵⁴ ainda que curiosamente, alguns autores aparentam, em suas respectivas dissertações, compreender a natureza intrínseca do *periculum in mora* inverso na qualidade de verdadeiro *contraponto* ao requisito básico e fundamental do *periculum in mora*.

(...) situação em que há *risco* para ambas as partes, devendo o magistrado, nos moldes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferir a *potencialidade ou intensidade* desses riscos para cada lado (...)⁵⁵

53 Ordem pública

Interpretando construtivamente e com largueza a *ordem pública*, o então presidente do TFR e posteriormente ministro do STF, JOSÉ NERI DA SILVEIRA, explicitou que “Nesse conceito se compreende a *ordem administrativa em geral*, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas”. (TFR, SS 4.405/SP, DJU 07/12/1979, p. 9221)

54 CAMPOS, Cynthia Amaral. Que se entende por *periculum in mora* inverso? *Rede de Ensino LFG*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081211174513359&mode=print>. Acesso em: 28 mar. 2014. CHAVES, Patrícia Mendes. Concessão da tutela antecipada e da liminar na ação cautelar: observância do *periculum in mora* inverso. Monografia (Especialização). AMV Faculdade Integrada. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221116.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2013. LEME, Fábio Ferraz de Arruda. Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencas-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

55 LEME, Fábio Ferraz de Arruda. Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencas-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 28 mar. 2013, p. 5.

Oportuno ressaltar que o instituto da *tutela antecipada*, de forma diversa da *tutela de segurança cautelar*, possui – além do requisito do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (ainda que com uma roupagem diversa) – ⁵⁶ a necessária *reversibilidade dos efeitos*⁵⁷ do

56 Muitas vezes têm sido confundidos os diferentes conceitos da *verossimilhança da alegação* (típico requisito autorizador para a concessão de *tutela antecipatória*) com o tradicional *fumus boni iuris* (relativo ao pressuposto para o deferimento de *tutela cautelar*). Se é certo que ambos os institutos processuais guardam suas indiscutíveis semelhanças, é igualmente correto afirmar que não são idênticos por outro prisma, não obstante algumas vezes discordantes neste particular.

“Verossimilhança nada mais é do que o velho e conhecido requisito do *fumus boni iuris*” (Adriano Perácio).

Na verdade – através de uma arriscada simplificação –, seria razoável concluir que a *verossimilhança* da alegação (na qualidade de incontestado *juízo de convencimento* a ser procedido sobre o quadro fático apresentado pela parte) nada mais é do que um *fumus boni iuris ampliado* que melhor se traduz pela “*semelhança ou aparência de verdade*” do que propriamente pelo restrito conceito de “*fumaça do bom direito*”.

Essencialmente, trata-se de conceito menos abrangente do que o *juízo amplo de possibilidade* (veja a propósito maiores detalhes em nossa obra Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002), porém mais elástico do que o *juízo próprio de probabilidade plausível*, inerente ao requisito cautelar do *fumus boni iuris*.

57 Segundo lições de DINAMARCO, “as medidas inerentes à *tutela antecipada*, como já tivemos a oportunidade de consignar *têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar*. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. *É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo* (art. 273, § 2º). (Fala a lei em “irreversibilidade do provimento antecipado”, mas não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento, mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos).

Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

Uma cautela contra a irreversibilidade reside na aplicação de regras inerentes à execução provisória das sentenças. O § 3º do artigo 273 manda aplicá-las para impedir a alienação de bens do réu e para condicionar à prévia caução idônea o levantamento de dinheiro. Dita a reversão à situação

provimento antecipatório, ou, em outras palavras, o *instituto da tutela antecipada* além de possuir o *impedimento relativo*⁵⁸ da não produção do denominado *periculum in mora inverso*, também possui, em adição, o *impedimento absoluto*⁵⁹ quanto à reversibilidade do provimento antecipatório, não se confundindo, portanto, o primeiro – simples contraponto do requisito básico do *periculum in mora* – com o segundo, requisito expresso e específico vocacionado para as hipóteses de *tutela antecipada*.

Em qualquer hipótese, a verdade é, acima de tudo, que o requisito negativo do *periculum in mora inverso* é anterior ao próprio advento do instituto da *tutela antecipada* (1994) e alude, genericamente, nas palavras de FERRAZ, ao simples fato de que “a liminar não deve ser concedida se o dano resultante

anterior em caso de desfazimento do título executivo, aplicando-se também essa regra à execução antecipada. Mas, ao remeter-se somente aos incisos II e III do artigo 588 do Código de Processo Civil, aquele § 3º exclui a exigência de caução para dar início à execução provisória. De todo o disposto no § 3º resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução mas não chegará à expropriação de bens penhorados e, propiciando embora o levantamento de dinheiro, condiciona-o a caução. (Nesses casos, estando assim satisfatoriamente garantida a reversibilidade, inexistem males a temer. A lei deixou de fora qualquer disposição sobre a responsabilidade civil do exequente, mas resulta das normas gerais de direito privado que, se prejuízos houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha direito). Cautelas análogas o juiz adotará em relação a qualquer outro direito cujo gozo autorizar por antecipação. Determinando-se a entrega de bem móvel, exigirá caução idônea que assegure a devolução. Se for entregue bem imóvel o risco é menor. O cumprimento das obrigações de não fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso).

Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções, etc.).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 176-177)

58 Necessário contraponto ao requisito do *periculum in mora* originário e, portanto, necessariamente adstrito aos *efeitos colaterais* que o mesmo possa vir a produzir.

59 Impedimento *autônomo* que alude à necessária reversibilidade da antecipação dos efeitos jurídicos de natureza meritória (direito material).

do deferimento for superior ao que se deseja evitar”.⁶⁰

Havendo dúvidas objetivas sobre a localização efetiva da área ocupada, objeto de reintegração de posse, mais aconselha que se mantenha o *status* atual, afastando-se a demolição pretendida até que se ultimem as provas na ação de retomada, evitando o *estabelecimento de periculum in mora inverso* com a medida drástica referida.

(TJ/SC, AI 222992/SC, Segunda Câmara, Relator Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, j. 30/01/2012)

Restando ausente a demonstração, de plano, da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem como presente o *periculum in mora inverso*, tendo em vista o caráter alimentar dos adicionais por serviços extraordinários devidos aos filiados ao Sindicato-réu, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada.

(STJ, AgRg AR 4076/PE, Terceira Seção, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/02/2011, DJe 03/03/2011)

(...) O *periculum in mora inverso* e o princípio da proporcionalidade devem ser considerados, pois “há liminares que trazem resultados piores que aqueles que visam evitar” (Egas Moniz de Aragão) (AI n., Des. Newton Trisotto). (TJ/SC, AG 67784/SC, Terceira Câmara, Relator Desembargador Luiz César Medeiros; j. 12/02/2010)

Neste prisma analítico, sintetizou bem a noção conceitual de *periculum in mora inverso* CARPENA quando preconiza, de forma resumida, que

(...) *periculum in mora inverso*, nada mais é do que a verificação da possibi-

lidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente; (...) nenhum magistrado deferirá uma medida *initio litis* se averiguar que os efeitos de sua concessão poderá causar danos nefastos e deverás mais violentos do que visa evitar.⁶¹

Em necessário reforço, o já citado CARNEIRO relembra, com mérito propriedade que

(...) por vezes a concessão de liminar poderá ser mais gravosa ao réu que, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado.⁶²

Igualmente, DIAS reconhece – inclusive citando este autor – que

(...) há setores na doutrina, contudo, que apontam para a necessidade de não gerar, a concessão, um efeito mais gravoso que o que se pretende evitar com a providência cautelar.⁶³

E, continua o mencionado autor, afirmando que

(...) essa posição se impõe, porque, em princípio, o que se busca tutelar é a *eficácia da decisão de mérito*, e não os *interesses materiais das partes*.

60 FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo)* – aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 143.

61 CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20(4)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

62 CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminares na segurança individual e coletiva. *Revista da AJUFE*, Brasília, mar./jun. 1992.

63 DIAS, Jean Carlos. Contracautela e *periculum in mora inverso*: a garantia da isonomia no processo cautelar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, n. 2/2005, v. III, jan. 2005, p. 55.

O escopo último da tutela cautelar é garantir a higidez prática da decisão judicial meritória, sendo em última instância, mais uma garantia assecuratória da efetividade jurisdicional que, por assim dizer, um modo de deferimento sumário e parcial da pretensão da parte. Embora não haja expressa previsão legal acerca do tema, a doutrina tem colocado em evidência que há a necessidade de garantia do tratamento isonômico das partes também no processo civil.⁶⁴

Em idêntico sentido, SCHAEFER MARTINS pontua que:

O princípio da igualdade integra o princípio do devido processo legal, pois preconiza pela igualdade formal perante o Juiz que torna concreta a norma legal e pela igualdade processual no interior do processo. Este princípio realiza-se com o tratamento paritário dos litigantes no processo.⁶⁵

Prossegue DIAS, ainda sobre o tema, que

(...) se de fato é assim, não há como se pensar em uma tutela cautelar que acabe por produzir um efeito lesivo mais grave que aquilo que pretende evitar ou que simplesmente transfere de uma parte a outra o ônus conservativo decorrente da acautelamento da situação litigiosa. A situação de produção de efeito de maior gravidade do aquele que se pretende acautelar ou mera transferência constitui-se em inequívoca violação da isonomia das partes, sobretudo quando se leva em consideração que no âmbito cautelar não há espaço para a proteção dos direitos alegados pelas partes. Embora o fundamento constitucional seja evidente, não se deve deixar de considerar que o próprio sistema positivo estabeleceu meios de compensação dos

riscos quando a decisão cautelar contiver risco de quebra da isonomia processual. Esses meios são desdobramentos do princípio da isonomia processual e que se convencionou chamar de procedimentos de contracautela.⁶⁶

É, portanto, através do instituto da *contracautela* que é possível, pelo menos em tese, se estabelecer um mecanismo que se, por um lado, não afasta por completo o *periculum in mora inverso* na qualidade de requisito impeditivo para a concessão de providências cautelares ou antecipatórias, em forma de medida liminar, ao menos minimiza seus efeitos.

Tais institutos autorizam que em determinadas hipóteses o juiz possa fixar um meio de garantia de não produção do risco, ou pelo menos, criar um meio de *minimização do perigo* por meio de uma salvaguarda de cunho patrimonial.⁶⁷

Antecipando algumas vezes o resultado final do processo, a medida cautelar, ao mesmo tempo em que afasta o *periculum in mora*, pode trazer o *risco de prejuízo para a parte que deve sofrer os efeitos dessa antecipação*. (...) Em tais hipóteses, como observa Calamandrei, a *caução* funciona como cautela da cautela ou contracautela.⁶⁸

Neste sentido, o já citado DIAS afirma também que

(...) do mesmo modo, que está assente na mais moderna doutrina que não existe discricionariedade na oferta da proteção cautelar, quando verificar o juiz que a cautela ofertada induzir a situação mais grave que a originariamente reclamada, estará obrigado a exigir a prestação de

64 *Ibidem*.

65 SCHAEFER MARTINS, Juliano. Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 6, 2003, p. 77.

66 DIAS, Jean Carlos. *Contracautela e periculum in mora inverso: a garantia da isonomia no processo cautelar*. *Reperatório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, n. 2/2005, v. III, jan. 2005.

67 *Ibidem*.

68 MARQUES, José Frederico. *Instituições do direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000, p. 437.

caução ou outro meio adequado. Não se trata de um requisito genérico que deve ser avaliado pelo juiz no momento da concessão da tutela cautelar, mas a *inversão do risco*, gerando situação mais grave que a acautelanda demanda do juiz, com a finalidade de garantir a isonomia processual, a *contracautela* mais adequada. Admitir-se que possa o juiz determinar com a cautela ofertada situação mais grave ou apenas mero *deslocamento subjetivo do risco*, importaria em reconhecer a insubsistência do princípio da isonomia processual e tanto quanto isso desconfiguraria o caráter conservativo das ações cautelares. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as contracautelas típicas (art. 804 do CPC) são institutos relacionados ao processo cautelar, não se estendendo a ações especiais como, por exemplo, o Mandado de Segurança. Assim, por via de exclusão, fixou que essas medidas são pertinentes no âmbito cautelar sempre que verificados os seus pressupostos. Ainda mais especificamente quanto ao âmbito cautelar, contudo, o Superior Tribunal de Justiça assumiu posição de que estando presente o efeito mais grave decorrente da concessão da proteção cautelar ou importando ela em mero deslocamento do risco é de se exigir a contracautela, não sendo, assim, mera faculdade judicial. Assim, a contracautela é vinculante ao juízo quando evidenciada a situação de inversão do *periculum in mora*.⁶⁹

Tais institutos – as medidas cautelares e as contracautelas – representam duas faces da mesma moeda; elas se complementam de tal sorte que a compreensão dos limites e alcance das medidas cautelares imbricase com a percepção das fronteiras e extensão das contracautelas.⁷⁰

2.4.3. Cautela e contracautela.

Muito embora as normas infraconstitucionais relativas às medidas cautelares, em termos gerais, e às medidas liminares, em termos particulares, disciplinem diversas sanções para os eventuais prejuízos provocados pelo deferimento da providência cautelar – desde que promovida de *forma maliciosa* ou *por erro grosseiro* pela parte vindicante –, nem sempre a indenização prevista na lei poderá alcançar a própria irreparabilidade de determinados danos importantes impostos ao requerido/impetrado (ou mesmo a terceiros) pela própria efetivação da medida.

A concessão de liminar, inúmeras vezes, causa danos a terceiros, atingidos pelos efeitos da medida, o que empenha a obrigação de indenizar, se o impetrante agiu com culpa (A parte que, maliciosamente, ou por erro grosseiro, promover medida preventiva responderá também pelos prejuízos que causar) – CPC de 1939, art. 688, parágrafo único.⁷¹

Nesses casos – ou ainda nas situações em que os eventuais prejuízos não são indenizáveis por ausência dos requisitos para tanto –, nem mesmo a chamada *caução* em garantia ou *contracautela*, prevista em vários dispositivos da legislação infraconstitucional, especialmente o artigo 804 do Código de Processo Civil de 1973 (e exigida ou não ao sabor do prudente arbítrio do juiz), pode ser indicada como efetiva solução ao problema que, por seu turno, somente poderá ser realmente evitado através da rigorosa observância do anteriormente mencionado requisito indispensável da não-produção do *periculum in mora* inverso.

A contracautela não é *conditio sine qua non* do deferimento da medida liminar

69 DIAS, Jean Carlos. Contracautela e *periculum in mora* inverso: a garantia da isonomia no processo cautelar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, n. 2/2005, v. III, jan. 2005, p. 55-56.

70 CAVALCANTE *apud* DIAS, Jean Carlos. Contracautela

e *periculum in mora* inverso: a garantia da isonomia no processo cautelar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, n. 2/2005, v. III, jan. 2005, p. 54.

71 CRETELLA JR., José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 193.

e sim providência destinada a *evitar o periculum in mora resultante da concessão imediata da providência cautelar*. Do contrário, acabariam neutralizados os efeitos das medidas liminares, ou se dificultaria demasiadamente sua concessão (...) ⁷²

É evidente, entretanto, que em certas situações a caução, ou contracautela exigida pelo julgador, perfaz-se em providência suficientemente eficaz para afirmar, em última análise, o difícil e almejado equilíbrio cautelar no processo em discussão, garantindo a plena viabilidade do mesmo, no sentido da efetividade final do decisorio meritório objetivado; como também é verdade que, em certos casos, o deferimento da medida liminar a uma das partes não possui o condão de impor qualquer ônus excepcional à outra parte, mantendo o desequilíbrio original que se buscava corrigir com a concessão da medida.

Por todas essas razões, é importante entendermos que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada. ^{73,74,75}

72 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. IV, p. 370, destaques nossos.

73 É oportuno registrar o fato de que o condicionamento compulsório da liminar à caução prévia existe no direito alemão (§§ 921 e 936 do ZPO) e no argentino (art. 199 do CPC).

74 É importante frisar que, embora o Código de 1939 não cogitasse da caução como contracautela, a jurisprudência, durante sua vigência, passou a exigí-la, principalmente como condição de deferimento liminar da medida inominada da sustação do protesto cambial. Como se lê em acórdão da Quinta Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, datado de 16/05/1973, “o abuso dos pedidos de sustação, como meio de ganhar tempo para cobrir fundos bancários, insuficientes, prolongando a mora sem sanção, fez com que os magistrados passassem a exigir o depósito prévio da quantia objetivada, como meio de cortar os excessos”. (RT n. 456/122)

75 Conforme salienta LACERDA, caução constitui meio genérico de garantia. O Código usa a expressão “caução real

Caução fidejussória ou real é condição que fica a critério do magistrado que concede a liminar, já que o *art. 804 do CPC encerra norma meramente facultativa e não imperativa*.

(TJ/PR, AGR 517, Primeira Câmara, Relator Desembargador Oto Luiz Sponholz, j. 10/03/1987, v.u., ADCOAS n. 116.596, destaques nossos)

Pelo art. 804 do CPC, a prestação de caução é ato que fica a critério do juiz (...)

(TJ/SC, AGR 4.724, Primeira Câmara, Relator Desembargador Protásio Leal, j. 08/11/1988, v.u., Jurisp. Cat. n. 62/204, destaques nossos)

(...) O instituto da caução tem por finalidade evitar o risco de abusos nas medidas cautelares, cuja concessão

ou fidejussória”, já empregada pelo Código Civil nos artigos 419 e 729, para abranger as duas espécies destacadas pela doutrina. Como exemplos de caução real, citam-se a hipoteca, o penhor, a anticrese e o depósito de títulos de crédito, equiparável a penhor pelos artigos 789 e seguintes do Código Civil, bem como o de outros títulos e valores mercantis. Consideram-se também cauções reais os depósitos judiciais em garantia, feitos em dinheiro ou em outros bens móveis ou imóveis, embora não formalizados em penhor ou hipoteca. As cauções fidejussórias possuem natureza pessoal. Seu exemplo típico é a fiança, mas nelas incluem-se igualmente outros negócios jurídicos de garantia, como a cessão ou promessa de cessão condicional de créditos ou direitos de outra natureza. (LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 345-346)

Qualquer destas modalidades serve à contracautela, apesar de serem mais comuns e usuais a fiança e o depósito em dinheiro. A jurisprudência tem admitido, também, o depósito de mercadorias e o penhor (RT n. 500/112 e 114). Na caução do artigo 804 deparamos com a interessante figura de cautela enxertada em cautela, por exigência de ofício do juiz (art. 797), sem audiência do requerido, de cujo interesse cuida-se. Não se confunde essa medida com as cauções do artigo 799 e dos artigos 826 e seguintes. As primeiras resultam de providência inominada, não prevista em lei material, ao passo que as últimas constituem projeção processual das cauções prescritas ou autorizadas no direito material ou no contrato, como instrumentos de garantia em face de relações principais litigiosas. Por isso, bem andou o congresso de magistrados realizado em agosto de 1974 no Rio de Janeiro, quando concluiu que a caução do artigo 804, porque prestada direta e imediatamente por ordem judicial, sem citação do réu, nada tem a ver com o procedimento cautelar de caução tratado pelos artigos 826 a 838.

pertence exclusivamente à discricção do juiz. Assim como a concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária é faculdade que a lei concede ao juiz, da mesma forma *a exigência de caução, ou dispensa, para a respectiva concessão liminar, fica exclusivamente ao arbítrio do magistrado*, sem que se possa ter como ofensiva ao direito do interessado uma ou outra solução escolhida pelo julgador. (...)

Desde que conscientizado da existência do bom direito em favor do autor e inexistindo risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz dispensar a caução, sem que sua decisão implique ofensa, ao direito da parte contrária. (TA/MG, AGR 5.002, Terceira Câmara, Relator Juiz Ney Paolinelli, j. 25/11/1986, v.u., RJTAMG n. 29/73, destaques nossos)

A providência estabelecida no art. 804 do CPC, como contracautela eventual, representa mera faculdade atribuída ao julgador, a quem se reserva, no exame de

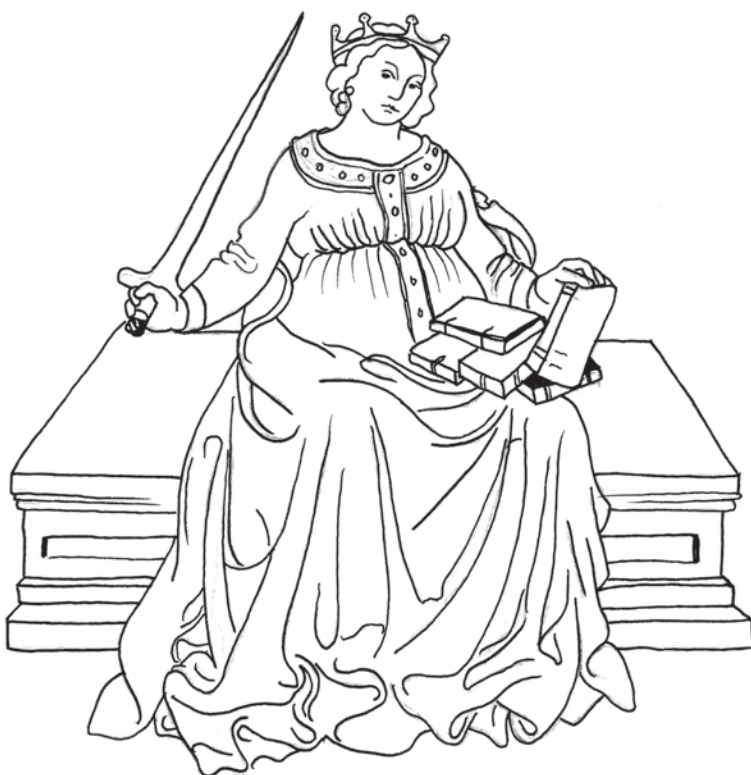
cada caso concreto, prudência e discricção na avaliação da sua necessidade. O fato de o Código estabelecer a obrigação de indenizar por parte dos que sucumbirem nas medidas cautelares quando a execução destas possa causar prejuízo aos requeridos – art. 811, do CPC – não implica, necessariamente, o dever de o juiz sempre determinar a prestação de caução pelos respectivos requerentes.

(1º TACiv/SP, AGR 357, Quarta Câmara, Relator Juiz José Bedran, j. 28/05/1986, v.u., JTACivSP n. 99/161)

3. Conclusões.

*A concessão da tutela de acautelamento, em forma de provimento liminar, tanto em mandado de segurança e nas demais ações que a admitem, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade e vinculação à presença de todos os pressupostos indispensáveis; o que inclui – além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* – a rigorosa observância quanto a não-produção do denominado *periculum in mora inverso* (além do requisito específico para a concessão de *antecipações cautelares* em forma de *liminar* prevista no artigo 804 do CPC), sendo certo que a mesma jamais pode ser deferida (*ainda que mediante caução*) quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.*

Outrossim, resta impor-



tante consignar que a apreciação dos *pressupostos autorizadores do provimento cautelar* é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a operacionalização de um móvel capaz de fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida *liminar*, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

Cumpra observar que o requisito genérico da não-produção do *periculum in mora* inverso (ou *reverso*), neste sentido, em necessário reforço argumentativo, possui uma dimensão muito mais ampla que neces-

sariamente transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por esta razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior, o que importa concluir que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada, uma vez que não necessariamente tal possibilidade afaste, de forma derradeira, o obstáculo deste novel *requisito negativo* à concessão da medida acautelatória, em forma ou não de provimento liminar.

Referências bibliográficas.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Poder cautelar do juiz (medidas provisórias). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEZNOS, Clóvis. A liminar em mandado de segurança, limites à discricionariedade do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba: Forense, v. 31, 1982.

_____. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALVOSA, Carlos. Sequestro giudiziari. In: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII. Torino: UTET, 1960.

CAMPOS, Cynthia Amaral. Que se entende por *periculum in mora* inverso? *Rede de Ensino LFG*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081211174513359&mode=print>. Acesso em: 28 mar. 2014.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de direito processual*. Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminares na segurança individual e coletiva. *Revista da AJUFE*, Brasília, mar./jun. 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARPENA, Márcio Louzada. Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20(4)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

CASTRO VILLAR, Willard de. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Ação cautelar inominada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

CHAVES, Patrícia Mendes. Concessão da tutela antecipada e da liminar na ação cautelar: observância do *periculum in mora* inverso. Monografia (Especialização). *AMV Faculdade Integrada*. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221116.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2013.

CRETELLA JR., José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DIAS, Jean Carlos. Contracautela e *periculum in mora* inverso: a garantia da isonomia no processo cautelar. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, n. 2/2005, v. III, jan. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FALCÃO, Joaquim. Quem julga o Supremo? *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 set. 1992, p. 7.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEME, Fábio Ferraz de Arruda. Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar. *DireitoNet*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencas-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1968.

LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia temporal da medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, 1986.

MACHADO, Hugo de Brito. A medida liminar e o *solve et repete*. *Correio Brasiliense*, 14/05/2001.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. IV.

_____. *Instituições do direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. V.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Do mandado de segurança, ação popular, ação civil pública*,

mandado de injunção e habeas data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. ; FIGUEIREDO, Lúcia Valle *et al.* *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Execução na justiça do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 2000, v. III.

REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SCHAEFER MARTINS, Juliano. Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 6, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. Medida liminar em mandado de segurança. *Revista da Procuradoria do Estado do Ceará*, Fortaleza, n. 2, 1980.

_____. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

TEMER, Michel. Mandado de Segurança: cabimento da medida liminar após a sua denegação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14/15, 1989.

THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 1976.

Aposentadoria especial por exposição a ruído: a controvérsia quanto aos limites aplicáveis ao período de 06/03/1997 a 18/11/2003¹



Marcus Orione Gonçalves Correia

Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Professor Associado III da Faculdade de Direito da USP. Juiz Federal da 1ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP.



Joabe dos Santos Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.

RESUMO: O artigo aborda a controvérsia posta nos tribunais sobre qual o limite de tolerância ao agente nocivo “ruído” a ser observado entre 06/03/1997 e 18/11/2003, período de vigência do Decreto nº 2.172/1997, para fins de concessão da aposentadoria especial e da contagem especial do tempo de serviço. O Superior Tribunal de Justiça tem determinado a aplicação do limite de 90 decibéis previsto no Decreto revogado. Em sentido oposto, a redação da Súmula de nº 32 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, vigente até 09/10/2013, dispunha que o limite aplicável ao período é o de 85 decibéis, estabelecido no Decreto nº 4.882/2003. Nos tribunais regionais federais as decisões têm sido conflitantes. Apesar de a literatura especializada ter dado pouca atenção ao tema, a divergência acarreta repercussão significativa no direito à aposentadoria especial e na conversão do tempo de serviço especial. O objetivo do artigo é o de acrescentar elementos à discussão a partir da análise do dispositivo legal que estabelece como requisito para a concessão da aposentadoria especial

¹ Este artigo foi finalizado antes do julgamento pelo STJ do REsp 1.401.619, em que foi aplicado o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Optamos por manter a redação original, seja porque os argumentos aqui suscitados não foram objeto de apreciação naquele recurso, seja porque a matéria está a merecer análise mais aprofundada em fase de embargos de declaração ou mesmo em sede constitucional.

a exposição do segurado a “agentes nocivos”, termo que pode ser qualificado entre os que a doutrina nacional classifica como “conceitos indeterminados”.

PALAVRAS-CHAVE: Conceitos indeterminados. Aposentadoria especial. Agentes nocivos. Ruído. Limites de tolerância. Presunção.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias: os assim chamados “conceitos indeterminados”. 2. A aposentadoria especial. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. O direito à aposentadoria especial: enunciado normativo. 2.3. A hipótese normativa do direito à aposentadoria especial: “exposição a agentes nocivos”. 2.4. A relação de agentes nocivos definida pelo Poder Executivo. 2.5. O caráter exemplificativo do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social. 3. O agente nocivo “ruído”. 3.1. As alterações na norma regulamentar. 3.2. A aplicação do limite de 85 decibéis como interpretação mais favorável ao segurado (a solução pro misero). 3.3. Aplicação do limite de 90 decibéis e a “irretroatividade da norma”. 3.4. O limite de ruído como presunção legal de especialidade (nocividade). 3.5. A qualificação do ruído superior a 85 decibéis como “agente nocivo”. 4. Considerações conclusivas. Referências.

1. Considerações introdutórias: os assim chamados “conceitos indeterminados”.

Colhe registrar, já de início, que não faremos qualquer ilação a respeito de uma leitura crítica do direito,² mas uma análise centrada essencialmente no positivismo.

Para Túlio Ascarelli, em *Norma giuridica e realtà sociale*, o intérprete da norma jurídica se movimenta entre conceitos que, de maneira geral, podem ser distinguidos entre aqueles que condensam um conjunto de normas extraídas do ordenamento (*regulae juris*) e outros que designam uma construção ou reconstrução tipológica da realidade social, aos quais ele também se refere como “pseudoconceitos”.³ Exemplos dos primeiros seriam categorias como “nulidade” e “decadência”, enquanto os últimos incluiriam as

noções de “culpa” e de “vício redibitório”.⁴

Descrevendo esta proposta de interpretação encontrada em Ascarelli, Fábio Konder Comparato sublinha que certos termos utilizados na lei se limitam a “exprimir, condensadamente, um sistema normativo”, enquanto outros “se referem a fatos típicos da realidade social (*fattispecie*)”. Sobre estes últimos observa que

(...) não deixam de ser jurídicos, pois eles compõem a previsão normativa; mas o seu conteúdo é, sem dúvida, extrajurídico, porque se referem a uma classificação tipológica da realidade social. Por isso mesmo, em relação a eles, não se põe nenhum problema de definição jurídica: o seu sentido é o da linguagem comum.⁵

2 Se alguém desejar uma leitura crítica do positivismo, sugerimos a leitura do artigo *Que fazer* de autoria de Marcus Orione Gonçalves Correia. In: ANDRADE, José Maria Arruda de; COSTA, José Augusto Fontoura; MATSUO, Alexandra Mery Anderson. *Direito: teoria e experiência – homenagem a Eros Grau*. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013.

3 ASCARELLI, Túlio. *Norma giuridica e realtà sociale. Rivista di Dottrina e di Giurisprudenza*, anno I, n. 10, 1955.

4 Esta leitura é feita, ainda, por Norberto Bobbio, que esclarece que, para Ascarelli, o seu esquema interpretativo não era uma prescrição de como se procede à interpretação da norma jurídica, mas uma descrição de como os intérpretes normalmente procedem, ainda que não se deem conta. Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 1997, p. 253 e ss.

5 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 336.

Eros Roberto Grau verifica que a doutrina nacional majoritária dá a esta categoria, de forma um tanto imprecisa, a qualificação de “conceitos indeterminados”; observa que não são, rigorosamente, conceitos, mas termos indeterminados relativos a *noções*; constata que os impropriamente chamados “conceitos indeterminados” “referem-se a fatos típicos da realidade” e se diferenciam daquelas “expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio”, às quais Ascarelli se referiu como *regulae juris*.⁶

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no processo de atribuição de sentido à norma, a que chama de “qualificação jurídica”, faz-se fundamental a identificação dos assim chamados “conceitos indeterminados”:

Nessa construção, é preciso identificar no caso concreto o que na palavra da lei aparece expresso por *conceitos indeterminados* e valorativos. Entendemos por conceitos indeterminados os que manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa. Assim, por exemplo, as expressões: *repouso noturno*, *ruído excessivo*, *perigo iminente* etc. (destaques no original)⁷

Tome-se, então, para fins deste artigo, tal classificação das expressões encontradas na lei que as distingue entre aquelas que se referem a uma “classificação tipológica da realidade social” (velhice, pobreza, incapacidade laboral, etc), ordinariamente tidas como “conceitos indeterminados”, e aquelas outras que resumem uma disciplina normativa (propriedade, nulidade, aposentadoria, etc), que podem ser enfeixadas como “categorias jurídicas” ou “*regulae juris*”.

2. A aposentadoria especial.

2.1. Aspectos gerais.

A aposentadoria especial é uma das prestações compreendidas pelo regime geral de previdência social instituído pela Constituição da República e reguladas pela Lei nº 8.213/1991, que dispôs sobre o seu plano de benefícios. Na previsão do artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.213/1991:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

A nota de “especialidade” está, assim, na redução do tempo de trabalho necessário à jubilação em relação à aposentadoria por tempo de contribuição ordinária, dada a sujeição do segurado a *condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física*; sendo certo que, quanto maior a potencialidade de prejuízo por exposição a tais adversidades, menor será o tempo de trabalho exigido. Trata-se de desdobramento do princípio jurídico da isonomia, onde aquele que se submete a condições agressivas à saúde no exercício de sua atividade recebe tratamento diferenciado do que o realiza em condições normais: trata-se de forma de tratamento desigual aos desiguais, para que possam, assim, ser equiparados a partir das suas diferenças. Não estamos, pois, diante de tempos fictícios, nem de um favor legal.⁸

6 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197.

7 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 331.

8 Aqui sempre é bom relembrar as palavras do voto-vista do Ministro Arnaldo Esteves Lima, em paradigma que reconheceu a eletricidade como fator de risco mesmo nos dias atuais: “A aposentadoria especial não é, pois, um favor legal concedido ao trabalhador, tampouco a real nocividade de um agente decorre do simples fato de estar listado – ou não – em um decreto.” (extraído do voto proferido nos EDcl no REsp 1.306.113/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/11/2012, DJe 07/03/2013)

Fala-se em “potencialidade de prejuízo” porque o direito à aposentadoria especial ou à contagem especial do tempo de serviço não está condicionado à prova do dano efetivo à saúde ou à integridade física do trabalhador, mas à “exposição” do segurado aos assim chamados “agentes nocivos”. Ao estabelecer os requisitos para a concessão o benefício, o § 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991 dispõe:

Art. 57. (...)

§ 4º. O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

O que caracteriza uma determinada atividade como especial e assegura a concessão do benefício, portanto, é a “exposição” do trabalhador aos “agentes nocivos”, independentemente dos malefícios que lhe sejam individual e concretamente causados. Assim, o segurado não precisa provar que perdeu parcial ou totalmente a capacidade auditiva para pleitear a aposentadoria especial: basta que comprove que esteve exposto a ruído excessivo no ambiente de trabalho.

Outra anotação importante é a de que o direito à aposentadoria especial tem como consectário a contagem especial do tempo de serviço. Como nem sempre o segurado desenvolve toda a sua vida laboral no mesmo ambiente ou atividade, ainda que tenha trabalhado apenas por certo período em condições adversas, este deve ser computado de forma qualificada para fins de concessão dos benefícios previdenciários.⁹

9 A possibilidade de conversão dos períodos de atividade especial em tempo de serviço comum está prevista no § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991. Para que se verifique qual o fator de conversão aplicável, divide-se, em cada caso, o número de anos previsto para a aposentadoria integral por tempo de contribuição (30 ou 35) pelo número de anos previsto para aposentadoria especial (15, 20 ou 25). A tabela de conversão pode ser encontrada no artigo 70 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº

Reforçando o que já foi dito, trata-se de aplicação do princípio da igualdade no âmbito da previdência social, de modo a dar tratamento jurídico desigual aos que se encontram em situação de desigualdade fática. Assim é que, ao vedar “a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social”, o constituinte se preocupou em ressaltar “os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (CR, art. 201, § 1º).

Note-se que tanto o texto constitucional quanto a lei ordinária, ao tratarem da aposentadoria especial, lançaram mão de termos que a doutrina nacional classifica como “conceitos indeterminados”, ou seja, aqueles cujo conteúdo deve ser buscado na linguagem comum: na definição do benefício faz-se referência às “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, enquanto no estabelecimento dos requisitos para a sua concessão, exige-se a “exposição aos agentes nocivos”.

2.2. O direito à aposentadoria especial: enunciado normativo.

Resumindo o dispositivo que estabelece os requisitos ao direito à aposentadoria especial constante do § 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991 num enunciado normativo, este poderia ser formulado provisoriamente como:

3.048/1999).

Há quem entenda, contudo, que a Lei nº 9.711/1998 teria vedado a conversão dos períodos posteriores a 25/05/1998. Nesse sentido, cf., por todos, MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 363. Em sentido contrário, pela possibilidade de conversão de qualquer período, cf., por todos, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 332. A segunda posição já se consolidou nos Tribunais do país, com que o registro de posição adversa, hoje, é meramente histórico e fruto de uma leitura desatualizada e pouco sintonizada com os fins previstos na Constituição.

Em 23/03/2011, julgando o REsp 1.151.363/MG pela sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), a Terceira Seção do STJ firmou entendimento de que continua sendo direito do segurado a conversão de atividade especial exercida em qualquer tempo.

(E1) *Se houver exposição a agentes nocivos, então, deve ser concedida a aposentadoria especial.*

Assim formulada e vista dentro do sistema previdenciário instituído no ordenamento jurídico brasileiro, esta norma consubstancia um direito subjetivo do segurado. É dizer, uma vez comprove que se encontra na situação prevista no antecedente da norma, surge para o indivíduo o direito a uma prestação e, para o Estado, o dever de prestar.



Já se disse, todavia, que a Constituição da República, ciosa do tratamento jurídico igualitário aos beneficiários do sistema de previdência social que instituiu, *veda* a utilização de critérios diferenciados de concessão de benefícios, permitindo-os apenas excepcionalmente. A natureza excepcional da norma em questão exige, assim, uma formulação restritiva da hipótese normativa, que resulta no enunciado:

(E2) *Se e somente se houver exposição a agentes nocivos, então, deve ser concedida a aposentadoria especial.*

É certo que esta proposição, considerada isoladamente, é insuficiente para a indicação de quais são as condições de sua aplicação e, como toda norma, deve ser submetida a interpretação.

No campo do consequente, “aposentadoria especial” é uma categoria cujo conteúdo depende de definição quanto ao tempo de serviço a ser cumprido, à carência a ser comprovada, à forma de cálculo do valor do benefício, enfim, trata-se de “expressão que sintetiza um conjunto de normas jurídicas”; assim também, dir-se-á que “concessão” é ato administrativo vinculado precedido de procedimento administrativo ou de processo judicial; tais expressões

estão situadas, no gênero dos “conceitos jurídicos”, entre as que se pode classificar como “*regulae juris*”; quanto a estas, não há maiores dificuldades: o aplicador/intérprete não teria senão a tarefa de buscar no ordenamento o conjunto de normas jurídicas que compõem o seu sentido.

2.3. A hipótese normativa do direito à aposentadoria especial: “exposição a agentes nocivos”.

Os problemas na interpretação do enunciado relativo ao direito à aposentadoria especial (E2) se apresentam, de verdade, no campo do antecedente ou da hipótese normativa: *Se e somente se houver exposição a agentes nocivos*.

De pronto, aparece para aquele que invoca a norma em seu favor, o segurado, o ônus argumentativo de demonstrar que os termos “exposição” e “agentes nocivos” tem como conteúdo algo que corresponda à sua situação. Com efeito, as noções de “agente nocivo” e de “exposição” não são extraídas do conjunto do ordenamento – como se faz com a de “aposentadoria especial” – devendo ser colhidas da realidade social no processo de interpretação/aplicação da norma.

Isole-se, por ser de importância secundária neste estudo, a valoração quanto ao tipo de “exposição” capaz de justificar a consequência prevista na norma, que se dirá ser aquela sofrida em caráter *permanente*, *não ocasional* e *não intermitente*.¹⁰ Tome-se por suficientes tais características.

Pode-se dizer, então, que a principal fonte de controvérsia restará na identificação do que é alcançado pela noção de “agentes nocivos” presente na hipótese normativa.

Partindo, portanto, unicamente do enunciado da norma que institui o direito à aposentadoria especial (E2), o intérprete teria um amplo espaço de indeterminação do conteúdo do termo “agentes nocivos” a ser preenchido de acordo com dados extraídos da realidade social. Contudo, há parâmetros de interpretação a serem observados seja pela Administração, seja pelo Poder Judiciário na aplicação da norma de concessão.

2.4. A relação de agentes nocivos definida pelo Poder Executivo.

Verifique-se, desde logo, o que dispõe o *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991, em sua redação atualizada:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física *considerados* para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior *será definida* pelo Poder Executivo. (destaques nossos)

Uma primeira leitura do dispositivo, à luz do que já se examinou quanto à indeterminação ínsita ao termo “agentes nocivos”, permite extrair do texto um comando dirigido ao Poder Executivo: *defina* (investigue, elabore, publique) a relação de agentes nocivos para fins de concessão da aposentadoria especial.

Esta lista consta atualmente do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social.

Até então, o ônus argumentativo na construção de sentido da hipótese normativa era inteiramente daquele que invoca a aplicação da norma: o segurado. Não houvesse a determinação transcrita acima, caberia a ele demonstrar que situações estão cobertas pela noção encerrada no termo “agentes nocivos”.

Inicialmente, “agentes nocivos” poderiam ser vistos como um conjunto representado por *descrição*, sendo que para a identificação de cada um de seus elementos seria necessária a demonstração (pelo interessado) de que este (elemento) apresenta as propriedades do conjunto.

Daí que o *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 atribui ao Poder Executivo o dever de preencher o sentido do termo “agentes nocivos”; ao segurado não mais importa, por exemplo, a demonstração de que “iodo” integra o conjunto – este elemento já aparece de forma explícita numa representação por *enumeração*.¹¹

O dispositivo é dirigido, ainda, ao aplicador da norma de concessão; para este, seja a própria Administração, seja o Poder Judiciário, o dispositivo determina: *considerar* a relação de agentes nocivos a ser elaborada.

Se o comando contido no artigo 58, *caput*, se revela uma garantia para o segurado, aliviando o ônus argumentativo que lhe é imposto, a questão aqui é saber se é, em contrapartida, uma limitação às possibilidades de argumentação do postulante ao benefício. Conforme a resposta que se dê este problema, será possível extrair do dispositivo um de dois enunciados normativos:

10 Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, artigo 64, § 1º.

11 As duas principais formas de representação de um conjunto são a *enumeração* (listagem dos elementos) e a *descrição* (definição de uma propriedade). Por descrição, o conjunto dos “agentes nocivos” seria representado como {x|x é agente nocivo}; por enumeração, teríamos algo como {iodo, ruído, calor, frio, carvão mineral}. Ver MORTARI, César. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001, p. 43.

E3: Se constar da “relação”, então, deve ser considerado agente nocivo; ou

E4: Se e somente se constar da “relação”, então, deve ser considerado agente nocivo.

O segundo enunciado (E4) pode, ainda, ser escrito na negativa (*Se não constar da relação, então, não deve ser considerado agente nocivo*), o que não pode ser feito com o primeiro (E3) sem reduzi-lo ao segundo.

Na doutrina e na jurisprudência esta discussão é posta em termos de qualificação da relação editada pelo Poder Executivo como um “rol exemplificativo” (E3) ou como um “rol exaustivo” (E4).¹²

O que se buscará demonstrar nos itens seguintes é que a relação de agentes nocivos constantes do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social é, necessariamente, um rol exemplificativo, ou não taxativo, das possibilidades de preenchimento de sentido do termo “agentes nocivos”.¹³

2.5. O caráter exemplificativo do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social.

Em sede doutrinária, a afirmação de que o rol estabelecido pelo Anexo IV do Regulamento da Previdência é exemplificativo costuma ser feita *en passant*, como algo dado,¹⁴ fazendo-se, quase sempre, referência ao enunciado da Súmula nº 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos.¹⁵

Nesse sentido, Aline Machado Weber parece ter razão quando afirma que a conclusão pela não exaustividade da relação constante do Regulamento tem sido adotada de forma acrítica, tão somente com base na autoridade do enunciado sumular, sem que se atente para o possível esgotamento das razões de decidir que levaram à sua edição.¹⁶

Disso não decorre, porém, a taxatividade da relação de agentes nocivos. O caráter exemplificativo, portanto, da relação decorre mesmo do fato de que o Poder Público não obteria, jamais, sucesso em elencar todos os elementos agressivos à saúde, sendo que o melhor é recorrer à razoabilidade conferida atualmente ao Judiciário, mormente em questões envolvendo direitos fundamentais do administrado – como ocorre com o tratamento de seu direito fundamental à saúde. Os fatores para que o rol não seja taxativo são os mais diversos: indo desde a impossibilidade de se prever todas as hipóteses até o fato de que o progresso científico submete a humanidade a maiores riscos à saúde.

2.5.1. A posição do STJ no caso da “eletricidade”.

Originalmente, a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 previa a edição de uma “relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física” a ser disciplinada por lei específica. O artigo 152, por sua vez, estabelecia como regra de transição até a aprovação desta lei, a observância “da lista constante da legislação atualmente em vigor”.

A “lei específica” prevista jamais foi aprovada.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 9.528/1997, a relação, agora de “agentes nocivos”, havia de ser definida pelo Poder Executivo. Assim, pelo menos até a edição do

12 Pode-se dizer, ainda, que em E3 haveria um sistema de *tipicidade aberta* e em E4 de *tipicidade fechada*. Para uma descrição dessas espécies de sistemas, cf. COMPARATO, Fábio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, n. 558, p. 34.

13 Em sentido contrário, cf. WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, dez. 2012.

14 Confira-se, por todos, MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 360.

15 A Súmula nº 198 do TFR dispunha: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.”

16 WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, dez. 2012.

Decreto nº 2.172 de 05/03/1997,¹⁷ vigoraram as antigas listas constantes do quadro de agentes nocivos e ocupações “insalubres, perigosas e penosas” do Decreto nº 53.831/1964 e dos anexos I e II do Decreto nº 83.080/1979.

Este é o quadro em que se travou o debate no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de concessão de aposentadoria especial por exposição ao agente físico “eletricidade”.

É que a eletricidade constava do item 1.1.8 da lista de agentes nocivos do Decreto nº 53.831/1964, que estabelecia serem especiais os “serviços expostos a tensão superior a 250 volts”. Todavia, a relação constante do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 2.172 de 05/03/1997 não incluiu a “eletricidade”, sendo que a omissão se manteve nas alterações que se seguiram.

Analisando a situação em julgamento de recurso pelo rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), o Superior Tribunal de Justiça firmou a posição de que continuava sendo possível a concessão de aposentadoria especial por exposição a eletricidade, vez que a relação de agentes nocivos é exemplificativa e não exaustiva.

Das razões de decidir daquele julgado, bem como dos precedentes citados, é possível extrair dois excertos relevantes ao presente estudo:

À luz da interpretação sistemática, *as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas*, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o tra-

balho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/1991). No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.¹⁸ (destaques nossos)

Consoante os precedentes desta Corte, *em que pese a presunção absoluta de especialidade* para o agente nocivo eletricidade se encerrasse com a edição do Decreto nº 2.172/1997, estando devidamente demonstrado por outros meios probantes o exercício do labor em condições especiais, é possível reconhecer a especialidade, ainda que seja em período laborado após o advento do referido decreto, porquanto o rol de atividades consideradas prejudiciais à saúde é meramente exemplificativo.¹⁹ (destaques nossos)

Destaque-se dos julgados, além da caracterização da relação de agentes nocivos como “exemplificativa”, o fato de que o Tribunal se refere à “presunção absoluta de especialidade” veiculada pela norma regulamentadora.

Tais destaques serão abordados a seguir à luz da ideia inicial de construção do enunciado da norma que estabelece o direito à aposentadoria com a utilização, pela lei, de um “conceito indeterminado” ou uma “categoria tipológica da realidade social”, qual seja, a de “agentes nocivos”.

2.5.2. Rol exemplificativo das possibilidades de sentido do conceito indeterminado “agentes nocivos”.

17 O Decreto nº 2.172 é de 05/03/1997, enquanto a Lei nº 9.528 é de 10/12/1997. Assim, há entendimentos no sentido de que, no que toca à relação de agentes nocivos, a eficácia do Decreto teria estado suspensa até o início da vigência da Lei.

18 STJ, REsp 1.306.113/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/11/2012, DJe 07/03/2013.

19 STJ, AgRg no REsp 1.168.455/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 12/06/2012, DJe 28/06/2012.

Como se sustentou inicialmente, é possível extrair do dispositivo legal que estabelece os requisitos da aposentadoria especial, uma norma que pode ser expressa no enunciado:

(E2) *Se e somente se houver exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, então, deve ser concedida a aposentadoria especial.*

Ressaltou-se a importância que tem no antecedente da norma a presença de um “conceito indeterminado”, neste caso representado pelo termo “agentes nocivos”.

Com base na doutrina, lembrou-se que um assim chamado “conceito indeterminado” só é jurídico enquanto parte de uma “previsão normativa”, já que o seu conteúdo é “extrajurídico”, ou seja, é o da “linguagem comum” e que neste aspecto reside a sua diferença em relação às “construções jurídicas”. Quando a lei fala em “propriedade”, “obrigação” ou “aposentadoria especial”, o sentido destas expressões é obtido a partir de um conjunto normativo. Já quando emprega termos como “urgência”, “relevância” ou “agentes nocivos”, está lidando com tipologias da realidade social.²⁰

Em continuidade, afirmou-se que a Lei nº 8.213/1991 remete o aplicador da norma de concessão (E2) à utilização da relação de agentes nocivos a ser editada pelo Poder Executivo. Este segundo enunciado normativo poderia ser formulado como: “*se constar da ‘relação’, então, deve ser considerado agente nocivo*” (E3), caso em que a “relação” seria um rol exemplificativo; ou como “*se e somente se constar da ‘relação’, então, deve ser considerado agente nocivo*”, caso em que seria um rol exaustivo (E4).

A Lei não disse expressamente uma coisa, nem outra.

Mas, a rigor, tomar a relação referida no *caput* do artigo 58 como um rol exaustivo

produziria uma mutilação significativa da norma de concessão, a qual, atendendo a um preceito constitucional, estabelece um direito subjetivo em favor do segurado.

Considerar a relação hoje constante do Anexo IV do Regulamento Previdência Social um rol exaustivo implicaria uma *alteração quantitativa* da norma que assegura o direito à aposentadoria especial: pode-se dizer que o “conjunto dos itens do Anexo IV” é um subconjunto do “conjunto dos agentes nocivos”, sendo este menor que aquele.

Mais relevante, considerar o Anexo IV uma relação exaustiva produziria uma *alteração qualitativa* da norma que institui o direito à aposentadoria especial; a hipótese normativa deixaria de ser expressa no antecedente “*se e somente se houver exposição a agentes nocivos*”, para ser reescrita como “*se e somente se houver exposição aos agentes relacionados*”; na primeira há um termo que expressa um dado da realidade social, com conteúdo extrajurídico; na segunda há uma categoria jurídica com conteúdo já definido em um conjunto de normas do ordenamento, *in casu*, a relação do Anexo IV.

Não é, por óbvio, que não fosse formalmente possível que a norma que institui o direito à aposentadoria especial fosse expressa com o recurso a uma “categoria jurídica”; mas o fato é que o constituinte e o legislador ordinário optaram pela utilização de “classificações tipológicas da realidade social” (“*condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física*” e “*agentes nocivos*”) e tal fato não deve ser desconsiderado pelo intérprete.²¹

20 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197.

21 Nesse sentido, a discussão guarda relação com aquela que é travada quanto ao alcance da hipótese da norma constitucional que institui o direito ao benefício mensal no valor de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não tenha “meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (CR, art. 203, V). A Lei nº 8.742/1993 determinou que se “considere” ocorrido o fato descrito na hipótese normativa quando o postulante ao benefício tiver renda mensal familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. No julgamento da ADIn 1.232/DF, o STF concluiu pela taxatividade

Estas observações exigem ressaltar que a aposentadoria especial é um direito subjetivo do segurado a ser exercido em face do Poder Executivo. Não parece coerente que, ao instituir esse direito, a definição, em abstrato, das hipóteses em que ele pode ser exercido, fosse deixada a cargo de quem tem o dever de prestá-lo, sem que possa ser revista pelo Poder Judiciário. Num exemplo, imagine-se que ao condicionar a desapropriação à “justa indenização” – outro “conceito indeterminado” – o legislador determinasse ao Poder Executivo a definição de uma relação de valores a ser observada nestes casos; dificilmente se poderia sustentar que tal norma consistisse uma vedação ao administrado de demonstrar, em juízo, a incorreção ou incompletude da relação.

2.5.3. Rol exemplificativo de “presunções legais”.

Afirmou-se que o comando mais evidente que se extrai do *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 é dirigido ao Poder Executivo, determinando a este que defina “a relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial”.

Do ponto de vista *formal*, esta relação se apresenta como um *rol exemplificativo*.

Sob o aspecto *material*, sustentou-se que a existência da lista tem a função de exonerar aquele que invoca a norma em seu favor do ônus argumentativo de demonstrar que a sua situação individual, considerada em abstrato, é alcançada pela carga semântica do

de do critério legal. O efeito vinculante da decisão seria reiteradamente desconsiderado pelos demais tribunais até que, no julgamento da Rcl 4.374/PE, o STF tomou o caminho exatamente oposto, entendendo, agora, que o critério é *inconstitucional* e determinando ao legislador que eleja outros critérios. Nas duas decisões parece não ter sido observado que a inconstitucionalidade não está no critério em si, mas na suposta *taxatividade* que lhe é atribuída. Escolhidos novos critérios pelo legislador ordinário, sempre será possível que se apresentem diante do aplicador/intérprete situações que, não abarcadas pelas hipóteses legais, possam ser alcançadas pela hipótese constitucional.



termo utilizado na Lei.

Não existisse o Anexo IV do Regulamento da Previdência Social ou outro instrumento normativo equivalente, caberia ao segurado demonstrar ao aplicador da norma de concessão que determinada condição laboral (ruído excessivo, por exemplo) é alcançada pelo “conceito indeterminado” presente na hipótese (“agente nocivo”); o que, com a existência da lista, se torna desnecessário.

Esta limitação à interpretação a ser empreendida pelo aplicador, vinculando-o a uma valoração prévia, é feita pelo estabelecimento de uma *presunção legal*.

As *presunções*, como gênero, são ordinariamente definidas como a “dedução de um fato conhecido, com base na existência de um fato desconhecido”. Quanto à sua origem, conforme sejam estabelecidas pelo magistrado ou pelo legislador, são usualmente classificadas como *simples* (também chamadas de comuns ou *hominis*) ou *legais*.

A diferença de origem empresta aos dois institutos diferenças fundamentais. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acentua que “trata-se de fenômenos jurídicos totalmente distintos”. Pelo didatismo e utilidade ao presente estudo, vale a transcrição:

As *presunções legais* constituem técnicas para garantir determinados valores em situações específicas. Por um lado, consistem em mandados normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática. Por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica. Decorre dessas premissas que, nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste apenas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências.²²

Note-se que o dispositivo legal que estabelece uma regra de presunção busca proteger determinados valores, entregando à parte desfavorecida pela presunção um ônus argumentativo maior (presunções *iuris tantum*) ou mesmo a impedindo de descaracterizar o fato presumido (presunções *iuris et de iure*). Ainda segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tais valores podem ser *ideológicos*, garantindo interesses determinados, ou *técnicos*, buscando uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

No caso da relação de agentes nocivos, pode-se afirmar que as duas espécies de valores são alcançadas. Protege-se um valor ideológico determinado – não impondo ao segurado o ônus de demonstrar, em cada caso, que o agente físico, químico ou biológico a que está exposto é prejudicial –, bem como a um valor técnico, conferindo eficácia prática à atuação da Administração Previdenciária e eficiência ao processo judicial.

Assim, cada item da relação constante do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social pode ser lido como uma norma

específica dirigida a quem tem a atribuição de conceder o benefício de aposentadoria especial, que poderia ser formulada como: *se x, tal que x é item do Anexo IV, então, deve ser presumida a nocividade*.²³

Observe-se que o fato de a norma estabelecer uma presunção pode ser mais uma evidência de que o rol constante da relação de agentes nocivos não é taxativo. É que, se a norma que estabelece a presunção legal busca proteger determinados valores, a sua interpretação não pode ser contrária à proteção destes valores.

Se as normas de presunção fossem formuladas como: *se e somente se x, tal que x é item do Anexo IV, então deve ser considerado agente nocivo*, ou como *se x, tal que x não é item do Anexo IV, então não deve ser considerado agente nocivo*, seria anulado o efeito protetivo da presunção.

É certo que na aplicação (embora não necessariamente na interpretação) a norma de concessão e a norma de presunção se amalgamam, formando um só comando, de modo que é sempre verdadeiro dizer que *se houver exposição aos agentes relacionados, então, deve ser concedida a aposentadoria especial*; tal se explica pelo fato de que, no estabelecimento de uma presunção legal, o fato presumido (a nocividade) passa à condição de pressuposto da norma de presunção, constituindo a sua *ratio legis*.²⁴

Dessa forma, a relação de agentes nocivos vigentes em cada época pode ser retratada como uma gaveta de carimbos, em que cada

22 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 196, jun. 2011, p. 13-20.

23 Uma questão que se coloca, neste ponto, é se a presunção de “nocividade” que se extrai da relação de agentes nocivos é *absoluta* ou *relativa*. Por não interferir com as conclusões deste trabalho, esta controvérsia não será abordada. Anote-se, por oportuno, que a própria Administração reconhece como absolutas as presunções extraídas das relações existentes até 05/03/1997. A partir de então, discute-se, por exemplo, se o uso de equipamentos de proteção individual (EPI's) pode ser invocado pela Administração Previdenciária para descaracterizar a presunção legal.

24 Conferir MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A presunção e a prova*. Temas de Direito Processual – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

item da lista é representado por um carimbo diferente; a cada dia de trabalho no período de vigência de tais listas o segurado tem o tempo de serviço “carimbado” pela presunção de especialidade; em 05/03/1997, retirou-se da “gaveta” o carimbo com o termo “eletricidade”; logo, um segurado que comprove que trabalhou durante vinte e cinco anos exposto a este agente físico terá todo o seu tempo de serviço até aquela data “marcado” pela presunção de especialidade; o tempo de serviço posterior não estará “carimbado”, mas nada impede este segurado de demonstrar a nocividade de tal agente físico e a exposição a ele e de obter a concessão da aposentadoria especial.

As observações feitas até aqui estão, portanto, em conformidade com as mencionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, quando este afirma que as relações de agentes nocivos editadas pelo Poder Executivo são exemplificativas²⁵ e que estabelecem presunções legais de especialidade (nocividade). É dizer, as normas de presunção servem sempre de veículo para a aplicação da norma de concessão, mas nada impede que esta seja aplicada sem a intermediação daquelas.

Feitas essas observações gerais quanto ao direito à aposentadoria especial, passa-se ao objeto de análise específica do presente ensaio, a saber, a caracterização da atividade especial por exposição ao agente nocivo “ruído”.

3. O agente nocivo “ruído”.

3.1. As alterações na norma regulamentar.

Na breve narrativa do tratamento legislativo da aposentadoria especial, feita ao tratar da “eletricidade”, mencionou-se que

até a edição do Decreto nº 2.172/1997, a relação de agentes nocivos era disciplinada por dois decretos, o de nº 53.831/1964 e o de nº 83.080/1979, sendo que se consolidou o entendimento de que as duas listas vigoraram de forma simultânea.

O Decreto nº 53.831/1964 determinava que se considerasse agente físico nocivo o “ruído acima de 80 decibéis”. Já o Decreto nº 83.080/1979 incluiu em sua relação o “ruído acima de 90 decibéis”. Como os dois decretos eram válidos e vigentes, a jurisprudência se consolidou no sentido de que deveria ser observado o limite máximo de 80 decibéis por ser a norma mais favorável ao segurado, posição que acabou sendo acatada mesmo em sede administrativa.²⁶

Por sua vez, na relação constante do Anexo IV do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, constava entre os agentes físicos nocivos, mais uma vez, o “ruído acima de 90 decibéis”, de modo que ficou sendo observado o limite de 80 decibéis até 05/03/1997 e o de 90 decibéis a partir de então.

O Decreto nº 2.172/1997 seria revogado pelo Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o atual Regulamento da Previdência Social, mantida, porém, a mesma previsão relativa ao ruído. Entretanto, em 18/11/2003, o Decreto de nº 4.882 modificou o limite de tolerância ao ruído para fins de caracterização da atividade especial, reduzindo-o para 85 decibéis.

Em sede administrativa, passou a ser deferida a aposentadoria especial ao segurado que comprove exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/1997; superior a 90 decibéis entre 06/03/1997 e 18/11/2003; e superior a 85 decibéis desde 19/11/2003.²⁷

No caso hipotético de um operário que tenha começado a trabalhar em 06/03/1980, se mantido no mesmo ambiente e exposto

²⁵ A respeito confirmam-se os inúmeros julgados neste sentido, destacando-se a título de exemplo o AgRg no AREsp 87.252/RN, Sexta Turma, Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), j. 27/11/2012, DJe 05/12/2012.

²⁶ Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10/10/2001, artigo 173.

²⁷ Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06/08/2010, artigo 239.

continuamente a ruído de 89 decibéis, o seu tempo de serviço tem sido considerado especial até 05/03/1997, tem sido considerado comum entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então, volta a ser considerado especial. A situação está longe de ser rara e, para além de causar estranheza, tem sérias repercussões na vida do trabalhador. Este operário, que completaria os requisitos para a aposentadoria especial em 06/03/2005, teria que trabalhar por mais, aproximadamente, 6 anos e 8 meses para ter direito ao benefício.²⁸

Diante desta situação um tanto paradoxal, a jurisprudência se dividiu.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula de nº 32, inicialmente com o seguinte enunciado:

Súmula nº 32. O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto nº 53.831/64 (1.1.6); superior a 90 decibéis, a partir de 5 de março de 1997, na vigência do Decreto nº 2.172/1997; superior a 85 decibéis, a partir da edição do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

No final de 2011, a própria TNU, contudo, reviu o seu posicionamento, passando a entender pela aplicação do limite de 85 decibéis constante do Decreto nº 4.882/2003 desde 05/03/1997, dando à Súmula nº 32 a seguinte redação:

O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto nº 53.831/64 e, a

contar de 5 de março de 1997, superior a 85 decibéis, por força da edição do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, quando a Administração Pública reconheceu e declarou a nocividade à saúde de tal índice de ruído.²⁹

A controvérsia se reproduz nos tribunais regionais federais. Os tribunais da Quarta e da Quinta regiões têm se posicionado pela aplicação do limite de 85 decibéis a partir 06/03/1997. O Tribunal da Primeira Região tem aplicado o limite de 90 decibéis entre 06/03/1997 e 18/11/2003. Na Terceira Região, das quatro turmas especializadas em direito previdenciário, duas têm julgado pela aplicação do limite de 85 decibéis entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e duas têm entendido que o limite neste período é o de 90 decibéis.³⁰ No

29 A Súmula em questão seria cancelada em 09/10/2013, após provimento, pelo STJ, de incidente de uniformização suscitado pelo INSS (Pet 9.059/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 09/09/2013).

30 Pela aplicação do limite de 90 decibéis: TRF1, AC 2006.38.14.005166-1/MG, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Néviton Guedes, j. 17/04/2013, e-DJF1 12/07/2013, p. 104; TRF1, AC 2007.33.04.017084-9/BA, Segunda Turma, Relator Juiz Federal Cleberson José da Rocha, j. 24/04/2013, e-DJF1 03/07/2013, p. 1449; TRF2, AC 2010.50.01.013324-1/RJ, Primeira Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Abel Gomes, j. 31/07/2012, e-DJF2R 17/08/2012, p. 97/98; TRF3, AC 0009149-93.2008.4.03.9999/SP, Nona Turma, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. 18/03/2013, e-DJF3 Judicial 1 20/03/2013; TRF3, AMS 0005645-07.2011.4.03.6109/SP, Oitava Turma, Relator Juiz Federal David Diniz, j. 12/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 23/08/2013.

Pela aplicação do limite de 85 decibéis: TRF3, AC 0027281-62.2012.4.03.9999/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 30/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 07/08/2013; TRF3, AC 0002292-31.2003.4.03.6111/SP, Sétima Turma, Relatora Juíza Federal Giselle França, j. 27/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 05/07/2012; TRF4, ApelReex 2005.71.01.000665-7/RS, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Celso Kipper, j. 26/05/2010, D.E. 04/06/2010; TRF4, ApelReex 2003.71.00.073397-5/RS, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, j. 09/02/2010, D.E. 18/02/2010; TRF5, ApelReex 0003830-86.2012.4.05.8500/SE, Primeira Turma, Relatora Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, j. 25/07/2013, DJE 01/08/2013, p. 258; TRF5, ApelReex 0000634-20.2012.4.05.8400/RN, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, j. 20/06/2013, DJE 02/07/2013, p. 407; TRF5, REO

28 Há reflexos ainda mais frequentes na contagem especial do tempo de serviço para fins de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição; sobre a conversão de tempo especial em comum para fins de concessão de outros benefícios previdenciários, que não a aposentadoria especial, confira-se a nota de nº 9.

TRF da Segunda Região, a discordância se verifica mesmo em julgados no interior de um mesmo órgão.³¹

As turmas especializadas em direito público do Superior Tribunal de Justiça vêm, homogeneamente, aplicando o limite de 90 decibéis no período em análise, determinando a exclusão da contagem especial do tempo de exposição a ruído entre 85 e 90 decibéis.³² Não raras vezes, assim procedeu sob a frágil argumentação da impossibilidade de aplicação retroativa das normas constantes do Decreto n° 4.882/2003 que estabeleceu o limite menor de 85 decibéis.³³

Já em sede doutrinária, costuma-se apenas registrar de passagem uma ou outra posição, sem análise mais detida acerca da controvérsia.³⁴ Indicaremos a seguir as razões pelas quais há que prevalecer a orientação que, para o período em disputa, deve prevalecer o limite de 85 decibéis para todo o lapso.

3.2. A aplicação do limite de 85 decibéis como interpretação mais favorável ao segurado (a solução *pro misero*).

Geralmente é utilizado o argumento de que o Decreto n° 4.882/2003, que teria estabelecido o limite de exposição ao ruído em 85 decibéis, deve ser aplicado de forma

retroativa por se tratar de interpretação mais favorável ao segurado.

Não se olvida que no caso de interpretações conflitantes da norma previdenciária deva prevalecer aquela que realize melhor o seu objetivo, primando-se pelo caráter protetivo da previdência social.

Embora o caso, porém, não pareça ser o de diferentes possibilidades de interpretação de uma norma, mas o de conflito aparente de normas no tempo, não há como se esconder que, mesmo nessa hipótese, é sustentável interpretação da aplicação ultra ou retroativa de forma mais favorável ao segurado, como veremos a seguir – mormente em situações em que a situação fática perpassa a existência de mais de uma norma aplicável à espécie.

Isso leva aos motivos do Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do limite de 90 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

3.3. Aplicação do limite de 90 decibéis e a “irretroatividade da norma”.

O fundamento que vem embasando, de forma homogênea, os julgados das turmas especializadas do Superior Tribunal de Justiça é o da vedação genérica à aplicação retroativa das normas jurídicas e pode ser resumido no excerto abaixo transcrito:

Não é possível a atribuição de efeitos retroativos ao Dec. n° 4.882/2003 para fins de conversão de tempo de serviço comum em especial. Até a edição do Dec. n° 2.172/1997, era considerada especial a atividade exercida com exposição a ruídos superiores a 80 decibéis. Após essa data, o nível de ruído tido como prejudicial passou a ser superior a 90 decibéis. A partir do Dec. n° 4.882/2003, o limite de tolerância ao agente físico ruído foi reduzido para 85 decibéis. Nesse contexto, deve-se aplicar a lei vigente à época em que a atividade foi exercida para embasar o reconhecimento do tempo de serviço prestado sob condições especiais, em observância ao

000222-17.2010.4.05.8500/SE, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho, j. 30/04/2013, DJE 02/05/2013, p. 211.

31 No julgamento da ApelReex 2012.50.06.001142-5/RJ, a Segunda Turma Especializada do TRF da 2ª Região considerou aplicável o limite de 90 decibéis, determinando a contagem comum do período em que um segurado esteve exposto a ruído de 87,28 decibéis; já na ApelReex 2011.50.01.002111-0/RJ, o mesmo órgão entendeu que o limite aplicável é o de 85 decibéis. Ambas as decisões colegiadas foram tomadas, por unanimidade, na sessão de julgamento de 22/05/2013.

32 Confira-se o AgRg no REsp 1.284.243/PR, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 18/09/2012, DJe 26/09/2012.

33 AgRg no REsp 1.371.711/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 27/08/2013, DJe 05/09/2013 e AgRg no REsp 1.381.224/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 18/06/2013, DJe 28/06/2013.

34 Confira-se, mais uma vez e por todos, MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 360.

princípio do *tempus regit actum*, não havendo como se atribuir, para isso, retroatividade à nova norma regulamentadora sem expressa previsão legal, sob pena de ofensa ao disposto no art. 6º da LINDB.³⁵

A validade da premissa utilizada nos julgados (*não é possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/2003*) não leva, necessariamente, à conclusão (*não é possível o reconhecimento de atividade especial por exposição a ruído superior a 85 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003*).

Como se verificou – em conformidade à jurisprudência do STJ – cada uma das “relações de agentes nocivos” constituem, a seu tempo, formalmente, *um rol exemplificativo* das possibilidades de preenchimento de sentido do termo “agentes nocivos”; e, materialmente, estabelecem *presunções legais* a serem observadas pelo aplicador da norma de concessão.

Observou-se, ainda, que nada impede que aquele que invoca a norma de concessão em seu favor se desincumba do ônus argumentativo de demonstrar o alcance do “conceito indeterminado” utilizado na hipótese normativa. Entender, ao contrário, pela taxatividade da relação de agentes nocivos, alteraria quantitativa e qualitativamente a norma que institui o direito à aposentadoria especial.

Assim, quando se fala em “irretroatividade da norma” no caso das relações de agentes nocivos, se está a falar de impossibilidade de retroação da presunção legal estabelecida por ela, já que esta (a presunção) é o único comando da norma regulamentar.

Aplicar a irretroatividade para afastar a possibilidade de reconhecimento da nocividade do ruído inferior a 90 decibéis no período de vigência do Decreto nº 2.172/1997 equivale a dizer que nos casos de exposição a ruído, *se e somente se houver exposição a ruído superior ao constante da relação, então, deve ser concedida a aposentadoria especial*, quando a norma em questão, rigorosamente, prescreve: *se houver exposição a ruído superior ao constante da relação, então, deve ser presumida a especialidade (nocividade)*.

3.4. O limite de ruído como presunção legal de especialidade (nocividade).

Assim, em coerência com o exposto até aqui e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: i) as relações constantes dos regulamentos são exemplificativas e não exaustivas; ii) tais relações veiculam presunções legais de especialidade; e iii) em matéria previdenciária, há que se observar a irretroatividade das normas (*tempus regit actum*) – por mais que essa premissa possa ser contestada pela natureza específica das normas concernentes a ramos dos direitos sociais, como é o caso dos direitos previdenciários, iremos admiti-la, para fins de ponderarmos no âmbito do que vem sendo decidido pelo STJ –, pode-se afirmar que:

- para os períodos anteriores a 05/03/1997, há *presunção legal de especialidade* das atividades exercidas com exposição a ruído igual ou superior a 80 decibéis;

- para o período de 06/03/1997 a 18/11/2003, há *presunção legal de especialidade* das atividades exercidas com exposição a ruído igual ou superior a 90 decibéis;

- para os períodos posteriores a 18/11/2003, há *presunção legal de especialidade* das atividades exercidas com exposição a ruído igual ou superior a 85 decibéis.

A ressalva que se faz tanto ao entendimento que vem sendo afirmado pelo STJ quanto à Súmula nº 32 da TNU é que, num e noutro caso, parece não se estar considerando

35 STJ, Informativo de Jurisprudência nº 514, de 20/03/2013, REsp 1.355.702/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 06/12/2012, DJe 19/12/2012.

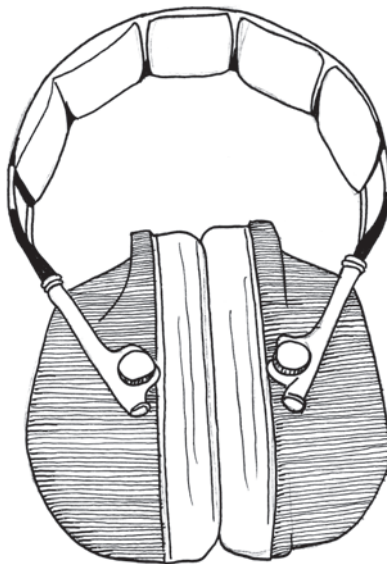
que a aplicação da norma de concessão do benefício não precisa, necessariamente, ser intermediada pela norma de presunção – o contrário do que, aliás, ficou assentado pelo STJ no caso da “eletricidade”.

Por considerarem indispensável a aplicação da norma de presunção, os julgados da TNU elevam ao *status* de norma a sua *ratio legis*, que neste caso é explicitada na forma descritiva do texto normativo. Já os julgados do STJ, em sentido contrário à jurisprudência firmada no caso da “eletricidade”, também têm considerado indispensável a aplicação dos decretos, reduzindo a hipótese da norma que assegura o direito ao benefício à da norma de presunção.

Tome-se uma vez mais, a imagem da norma de presunção como uma “marca” ou um “carimbo”, que é apostado a cada dia de trabalho do segurado: no caso da eletricidade o carimbo foi retirado da “gaveta”, já no caso do ruído, os carimbos foram sendo trocados sucessivamente.

Ao final de vinte e cinco anos de trabalho, aquele operário hipotético mencionado antes, que iniciou sua vida laboral em 06/03/1980 e esteve sempre exposto a ruído equivalente a 89 decibéis, terá todo o seu tempo de serviço, exceto o período de 06/03/1997 a 18/11/2003, “marcado” pela presunção de especialidade; para invocar a norma que lhe garante a aposentadoria especial terá, sempre, o ônus de comprovar que esteve exposto àquela condição; para o período de 06/03/1997 a 18/11/1997 terá o ônus adicional de demonstrar ao aplicador da norma, seja a Administração, seja o magistrado, que tal situação (ruído a 89 decibéis) integra o conteúdo do termo “agentes nocivos” presente na hipótese normativa, vez que não terá a seu favor a “intermediação” operada pela norma de presunção.

Como já referido, a existência da presunção exonera o segurado do ônus argumentativo de demonstrar que as situações previstas (em abstrato) na “relação” integram



a noção de “agente nocivo” constante da hipótese da norma que institui o direito à aposentadoria especial, mas não do ônus de comprovar a efetiva exposição (em concreto); é dizer, a norma de presunção exonera o segurado do encargo de demonstrar que aquilo a que alega estar exposto é “agente nocivo”, não o dispensa de comprovar que, de fato, está exposto.

Imagine-se um elemento químico x e que o segurado S trabalhou exposto a x durante 25 anos. A princípio, houvesse tão somente a norma de concessão (E2), S teria que demonstrar, num primeiro momento (lógico), que x é “agente nocivo” e, apenas conseguindo se desincumbir desta fase da argumentação, buscaria demonstrar, num segundo momento (lógico), que durante 25 anos de trabalho esteve efetivamente exposto a x ; a existência de uma norma que, desde logo, considere x “agente nocivo”, o dispensa da primeira fase da argumentação, nunca da segunda.

Por fim, em coerência com a jurisprudência do STJ no sentido de que *tempus regit actum*, a efetiva exposição também é demonstrada de acordo com a norma vigente em cada período. Para os períodos em que era exigível tão somente a comprovação de

pertencimento a uma determinada categoria profissional, esta será a forma de demonstração da “exposição”.

3.5. A qualificação do ruído superior a 85 decibéis como “agente nocivo”.

Há diferenças, é certo, na atividade de interpretação da norma jurídica levada a efeito pelo seu aplicador, conforme se trate da Administração ou do Poder Judiciário.

Diante de uma série escalonada de normas infralegais veiculadas por ordens de serviços, portarias, instruções normativas e assim por diante, seria difícil sustentar que o diretor de uma agência do INSS está autorizado a buscar diretamente no texto constitucional ou na lei ordinária o sentido que deva ser conferido ao termo “agentes nocivos” para fins de concessão da aposentadoria especial. Trata-se de terreno do direito administrativo e das limitações impostas pela organização administrativa hierárquica.

Quando se fala, portanto, em possibilidade de aquele que invoca o direito à aposentadoria especial se desincumbir do duplo ônus argumentativo enfeixado na hipótese normativa (“*estar exposto*” a “*agentes nocivos*”), se tem em vista, fundamentalmente, o espaço comunicativo ensejado pelo processo judicial.

Um segurado que entenda haver trabalhado em exposição a “agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física” não previstos na relação definida pelo Poder Executivo tem contra si o obstáculo nada irrelevante de demonstrar que tal situação está incluída na hipótese da norma que assegura a aposentadoria especial.

Para Wladimir Novaes Martinez, nos casos em que “a lista ignore situações justificadoras de proteção” cabe “ampla prova do interessado” a ser produzida, geralmente, pelos sindicatos.³⁶ Em vez de “prova”, talvez fosse

mais exato, aqui, falar em demonstração, já que esta pode não se resumir à atividade probatória.

O segurado cuja situação não se encontra prevista na norma de presunção poderia lançar mão, por exemplo, de dados disponibilizados por instituições oficiais e reconhecidas, estudos procedidos por órgãos técnicos ou mesmo, individual ou coletivamente, produzir tais estudos com vistas ao convencimento do magistrado.

O fato, porém, é que no caso do ruído superior a 85 decibéis este conjunto de informações já existe.

Com efeito, a Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho, de 08/06/1978, conhecida pela sigla da norma regulamentar que aprovou (NR-15), já estabelecia o limite de ruído de 85 decibéis como o máximo tolerável para uma jornada de 8 horas diárias.³⁷ Esta é, ainda, a conclusão do procedimento técnico constante da Norma de Higiene Ocupacional – NHO 01, elaborado pela Fundacentro, entidade integrante da estrutura do Ministério do Trabalho.³⁸

Ainda mais. A própria existência fática de um instrumento normativo superveniente que inclui o ruído superior a 85 decibéis numa relação de agentes nocivos para fins de aposentadoria especial é um dado suficiente para que se tenha por demonstrado que esta situação se encontra alcançada pela noção de “agentes nocivos” constante da norma de concessão.

É dizer, para aquele que, havendo trabalhado em exposição a ruído superior a 85 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, invoca o direito à aposentadoria

36 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. São Paulo: LTr, 2006, p. 36.

37 Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20\(atualizada_2011\).pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20(atualizada_2011).pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

38 Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/biblioteca/normas-de-higiene-ocupacional/publicacao/detalhe/2012/9/nho-01-procedimento-tecnico-avaliacao-da-exposicao-ocupacional-ao-ruído>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

especial, não há, rigorosamente, necessidade de intermediação da norma de presunção.

Como já se podia estabelecer que o conteúdo do termo “agentes nocivos” inclui “ruído superior a 85 decibéis”, a existência de uma norma estabelecendo a presunção de nocividade do ruído superior a 90 decibéis tornou-se irrelevante ou, ainda, materialmente ineficaz, já que esta presunção legal é, a rigor, desnecessária para que se conclua pela especialidade (nocividade).³⁹

Cumpra ressaltar que não se trata de aplicação da norma trabalhista à relação previdenciária ou de se considerar agente nocivo o ruído superior a 85 decibéis “por força da edição do Decreto nº 4.882/2003” como constava da redação da Súmula nº 32 da TNU.

A norma, seja trabalhista, seja previdenciária, não estabelece o que é “ruído excessivo”; o texto normativo (que não se confunde com a norma) descreve um estado ideal de coisas para com isso veicular uma prescrição; na norma trabalhista, este comando é dirigido ao empregador (*mantenha* o ambiente ocupacional livre de ruídos superiores a 85 decibéis); na norma previdenciária, estabelece uma presunção de especialidade a ser observada pelo aplicador/intérprete da norma de concessão da aposentadoria especial.

Ressalte-se, ainda, que ao passar de 80 para 90 decibéis, reconsiderando, posteriormente, para 85 decibéis, houve uma elevação completamente despropositada com a natureza técnica do ruído – afinal uma elevação de 10 decibéis não é algo tecnicamente desprezível –, o que foi reconsiderado e colocado em perspectiva com as mais diversas normas técnicas a respeito do tema.

Aliás, em se tratando de um dado técnico, não há razões para as disparidades

já indicadas nos diversos instrumentos que foram utilizados para indicar a agressão à saúde pelo ruído – sendo razoável que, para o homem médio, seja considerada a sonoridade que vem sendo tida, de forma geral e com base em dados técnicos, para os trabalhadores nas demais normas antes apontadas (e que foi, devidamente, retomada pela própria previdência social para os tempos atuais).

Nada impede, porém, que as razões do legislador regulamentar sejam aproveitadas pelo magistrado (ou pela Administração, quando haja competência) para formar as suas próprias razões de decidir; e isso se dará por uma interpretação da norma de concessão que leve em conta o alcance da “categoria tipológica da realidade social” que consta da hipótese normativa, não pela aplicação da norma de presunção.

O que se está a sustentar, em conclusão, é que há acúmulo de informações técnicas, oficiais e públicas – utilizadas, inclusive, como *ratio legis* dos instrumentos normativos mencionados – suficientes para que se considere demonstrado que “ruído superior a 85 decibéis” integra o conteúdo de “agentes nocivos” e que isso faz com que a intermediação da norma de presunção seja desnecessária à aplicação da norma de concessão da aposentadoria especial ou à contagem especial do tempo de serviço no período analisado.

4. Considerações conclusivas.

Como se observou a princípio, diante de um texto normativo que utiliza termos que expressam “categorias tipológicas da realidade social”, o intérprete tem sempre a tarefa de construir ou reconstruir o sentido de tais expressões com base nos dados colhidos dessa mesma realidade. É assim com a noção de “agentes nocivos” presente na hipótese normativa do direito à aposentadoria especial.

Ainda que a norma regulamentar “antecepe” um rol de sentidos possíveis do “conceito indeterminado” utilizado na norma legal, em

³⁹ Ou, ainda, sendo desde logo possível a identificação deste elemento do conjunto “agentes nocivos” representado por descrição, pouco importa que ele não conste do subconjunto “itens do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social”, representado por enumeração.

se tratando do estabelecimento de um direito subjetivo do segurado, ela não tem o condão de restringir a hipótese normativa desta. Assim é que, no caso do direito à aposentadoria especial, a relação de agentes nocivos constante do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social constitui um rol exemplificativo, que tem a eficácia de estabelecer uma presunção legal em favor do segurado.

A existência da presunção legal não exclui a possibilidade de que existam situações acobertadas pela norma de concessão que não constem da norma de presunção; é assim, por exemplo, com a exposição a “eletricidade” desde 06/03/1997; é assim, igualmente, com a exposição a ruído entre 85 e 90 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

Quando se diz, portanto, que o segurado que esteve exposto a ruído superior a 85 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003 tem direito ao cômputo especial do tempo de serviço, essa conclusão deve

ser tomada não pela eficácia retroativa do Decreto nº 4.882/2003; não se trata, ainda, de invalidar a norma veiculada no Decreto nº 2.172/1997, já que esta tão somente estabelece uma presunção que, enquanto tal, tornou-se desnecessária ou, como se sustenta, materialmente ineficaz; tampouco se trata de reconhecer uma suposta eficácia declaratória da norma que “constatou” a nocividade: não é a norma que constata a realidade social, mas o seu intérprete.

Afinal, existem informações técnicas, oficiais e públicas – utilizadas, inclusive, como *ratio legis* das normas regulamentares – suficientes para que o intérprete conclua que a “exposição a ruído superior a 85 decibéis” integra o antecedente da norma que exige “exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde” e isso basta para a concessão da aposentadoria especial e para o cômputo especial do tempo de serviço no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

5. Referências.

- ASCARELLI, Túlio. Norma giuridica e realtà sociale. *Rivista di Dottrina e di Giurisprudenza*, anno I, n. 10, 1955.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, n. 558, p. 34.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Que fazer. In: ANDRADE, José Maria Arruda de; COSTA, José Augusto Fontoura; MATSUO, Alexandra Mery Anderson. *Direito: teoria e experiência – homenagem a Eros Grau*. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREUDENTHAL, Sergio Pardal. A aposentadoria especial e o vigor dos decretos. *Revista de Previdência Social*, v. 36, n. 384, nov. 2012, p. 893-898.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. São Paulo: LTr, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A presunção e a prova*. Temas de Direito Processual – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MORTARI, César. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 196, jun. 2011, p. 13-20.
- REIMBRECHT, Elsa Fernanda; DOMINGUES, Gabriele de Souza. A correlação entre tempo e níveis de exposição do agente ruído para caracterização da atividade especial. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, v. 35, n. 371, out. 2011, p. 909-917.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, dez. 2012.

O tráfico de pessoas no Direito Internacional



Etienne Coelho Martins

Juiz Federal Substituto na 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP.

RESUMO: O presente artigo trata do tráfico internacional de pessoas, dos desafios que ele representa no plano internacional e propõe alternativas de solução a partir dos organismos de integração regional e da lógica econômica do crime. Como crime transnacional, há uma dificuldade por parte dos Estados em lidar com o tráfico, pois este ultrapassa fronteiras e envolve diversos países. A concentração de esforços na repressão não leva à solução do problema, o qual, tendo em vista sua origem na vulnerabilidade da vítima, deve ser tratado com esforços preventivos. E, dentro desta visão, uma abordagem baseada nos direitos humanos deve ser entoadada, de maneira que a atenção se volte à vítima e não ao traficante. A partir destas análises, conclui-se pela utilização da cooperação em foros estabelecidos nas integrações regionais, em especial, na União de Nações Sul-Americanas – UNASUL, e, baseado na lógica econômica em que o crime ocorre (custo-benefício), pela conscientização social para o boicote de produtos de marcas que utilizem mão de obra escrava ou oriunda do tráfico. O objetivo é, portanto, provocar reflexões sobre a questão e tentar construir novas alternativas para a obtenção de resultados eficazes.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico internacional de pessoas. Globalização. Legalização da prostituição. Integração regional.

ABSTRACT: This article approaches the international trafficking in persons and the challenges it represents. It also proposes ways to deal with the trafficking through the regional integration instruments as well as the economic logic of crime fundamentals. As a transnational crime, trafficking crosses borders and involves several countries, representing a hard obstacle to be handled by governments. Focusing efforts on repression hasn't led to a solution because the roots of trafficking are in poverty and social development. That's why it should be faced by preventive efforts. Within this view, a human rights-based approach is more likely to succeed. From those perspectives, this paper suggests that States should establish cooperation through regional integration bodies, especially in UNASUR, and that society should boycott products made with slave labor. Therefore, the purpose is to provoke a critical thinking about trafficking in persons and try to build new alternatives for achieving effective results.

KEYWORDS: International trafficking in persons. Globalization. Legalization of prostitution. Regional integration.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A globalização, os crimes transnacionais e o tráfico de pessoas. 3. O tráfico de pessoas no Direito Internacional. 3.1. A legalização da prostituição como medida preventiva? 3.2. Caminhos para uma atuação mais efetiva: a integração regional (UNASUL) e a lógica econômica do crime. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

O tráfico internacional de pessoas representa um desafio para os Estados, uma vez que rompe fronteiras e ocorre em diversos territórios ao mesmo tempo. Ao passo que o mundo se globaliza, o crime também se internacionaliza. Enquanto os Estados tentam enfrentar o crime sob a perspectiva de seu território e de maneira estanque, o crime tem agido de forma organizada, coordenando ações em vários territórios. É provável que um crime de tráfico de pessoas ou drogas ocorrido num país seja apenas o elemento de uma cadeia com extensão continental ou mesmo global. Por essa razão, no plano internacional, o assunto tem estado na agenda e, especificamente com relação ao tráfico de pessoas, muitos países já se tornaram signatários do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.¹ Neste contexto, o Direito Internacional se torna uma peça importante, uma vez que, somente por ações coordenadas, os Estados conseguirão resultados efetivos e permanentes.

O tráfico de pessoas é a escravidão da era moderna. De acordo com os relatórios da Organização das Nações Unidas – ONU,² a maior parte das pessoas traficadas se destina à exploração sexual, havendo, também, expressivo número destinado ao trabalho forçado. As vítimas são pessoas que vivem em condições de pobreza, sem educação e em locais com pouco ou nenhum desenvolvimento social. A esperança por uma vida melhor é a mola que move o tráfico. Ainda que haja o consentimento da vítima, o tráfico resta caracterizado, pois é o abuso desta condição de vulnerabilidade que justifica a sua reprovação. Daí a importância do assunto na atualidade, já que tal crime não apenas viola a dignidade da vítima, mas “coisifica” o próprio ser humano.

Dentro dos esforços internacionais, em 2003, foi assinado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cujo objeto é o tráfico de pessoas, estabelecendo uma série de rotinas, padrões e três eixos de atuação (os 3 P's, na versão em inglês): prevenção, repressão e proteção às vítimas. A partir de então, avanços foram feitos. Contudo, deve haver uma priorização de medidas preventivas, já que a concentração de esforços no pós-tráfico tem-se mostrado ineficaz. A abordagem deve ser guiada sob a ótica dos direitos humanos, tendo como objeto a vítima e não o traficante. Aliás, essa é uma das causas para a frequente

1 BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

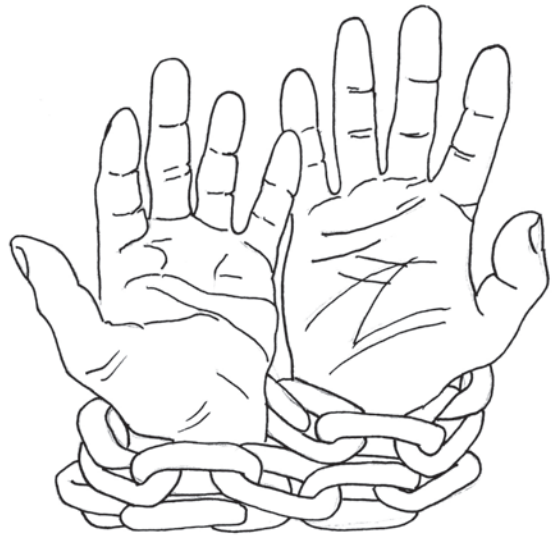
2 Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/publications.html?ref=menuaside>>. Acesso em: 09 out. 2014.

ocorrência do retráfico. Neste aspecto, este trabalho questiona a tese de que a legalização da prostituição seja uma medida efetiva. Na prática, tal assertiva não tem se confirmado, como se observou na Alemanha, por uma série de razões.

Assim, neste artigo, a partir de reflexões sobre os desafios do tráfico internacional de pessoas, traz-se a contribuição de algumas alternativas que podem servir de caminhos para o seu enfrentamento. Como primeira alternativa, aponta-se a cooperação internacional por meio dos processos de integração regional, em especial, no caso do Brasil, a UNASUL, assim como as organizações internacionais. Como segunda, cita-se a conscientização para o boicote de produtos de marcas (registradas ou não) que tenham se utilizado de mão de obra escrava ou forçada na sua cadeia produtiva, forçando-as a deixarem de contratar nestas condições. A pretensão, portanto, é provocar um pensamento crítico sobre o assunto, a fim de desconstruir e reconstruir ideias para um efetivo enfrentamento deste crime que reflete grave violação aos direitos humanos.

2. A globalização, os crimes transnacionais e o tráfico de pessoas.

A globalização tem modificado uma série de estruturas sociais, econômicas e culturais, trazendo, às vezes, benefícios e oportunidades, mas, também, por vezes, novos desafios e obstáculos aos países e sociedades. Quando se fala em crimes internacionais, estes desafios ficam evidentes. Ao longo das duas últimas décadas, o mundo “diminuiu”, o fluxo de informação aumentou, a possibilidade de deslocamento e de atravessar fronteiras foi facilitada, as relações comerciais se intensificaram e o mercado de trabalho vem crescendo cada vez mais com a presença de imigrantes. Neste cenário, a prática de crimes transnacionais também aumenta, já que os atos criminosos podem ocorrer ao mesmo tempo ou em sequência em vários países, o que, de



fato, para os Estados, por razões de soberania e diplomacia, é um enorme obstáculo.

Esse caráter múltiplo da globalização faz do crime uma figura elástica, multiforme e complexa. Os criminosos podem controlar suas atividades de qualquer lugar e a qualquer momento, não necessitando estar fisicamente presentes. O produto do crime é facilmente “lavado” pelas várias formas de transação financeira disponíveis. O rastreamento e a persecução dos crimes transnacionais ficam ainda mais difíceis em razão das grandes distâncias que os ligam, deixando ainda menos evidente eventuais provas e rastros que possam auxiliar na investigação. A par de tudo isso, há a falta de comunicação entre as autoridades investigatórias, dificultando ações coordenadas, de maneira a tratar o problema em escala local e não global. Enquanto o crime organizado age coordenadamente, os Estados tendem a agir de forma desconectada e isolada, considerando o problema apenas do ponto de vista interno de seus territórios.

O tráfico internacional de pessoas é um bom exemplo. Trata-se de um aspecto da sociedade globalizada, pois as origens do tráfico estão no sonho de se ter emprego e melhores condições de vida. Conforme se vê nos relatórios da ONU,³ a cada ano, o número de

3 *Ibidem*.

vítimas traficadas aumenta e, não obstante haja esforços no seu combate, existe forte tendência de crescimento no futuro. De fato, observa-se que o fluxo é de países pobres e pouco desenvolvidos para os países ricos e com melhor qualidade de vida. Na maior parte dos casos, o tráfico se destina à exploração sexual e, em menor quantidade, mas de forma expressiva, ao trabalho forçado. Contudo, há registros de destinação das vítimas para a remoção de órgãos, adoção, participação em conflitos armados e casamento forçado.⁴ Quanto mais vulnerável é a situação do país, maior é o potencial de ocorrência do tráfico. O que move a vítima é a esperança por uma vida melhor.

O tráfico de seres humanos é a escravidão da era moderna. A vítima é tratada como uma mercadoria, um objeto comercializável. O ponto é que a situação de vulnerabilidade da vítima a torna submissa e manipulável. As condições em que são exploradas fazem-nas completamente dependentes dos traficantes, impedindo que saiam daquela situação e consigam retornar para o seu país ou região de origem. É o processo de “coisificação” da pessoa que caracteriza o tráfico. Se a escravidão de dois séculos atrás era baseada na propriedade, a “escravidão do tráfico de pessoas” é baseada pelo domínio e abuso da sua situação de vulnerabilidade.

E isso ocorre por uma série de motivos. O fator econômico é o principal deles, já que as pessoas migram de um país para outro em busca de emprego e melhores condições de vida e salários. A par do fator econômico, existem também fatores sociais, políticos, culturais e religiosos. Há casos, por exemplo, de tráfico de crianças para serem usadas como soldados em conflitos armados. Em Ruanda e Serra Leoa, o efeito devastador dos conflitos armados que o povo vivenciou tornou tais

países um alvo fácil para a atuação de traficantes.⁵ Situação parecida viveu o Haiti que, após o terremoto de 2010, teve crianças entre 5 e 15 anos sendo traficadas para a República Dominicana, iludidas pela promessa de paz e segurança e a esperança de encontrar condições para recomeçar a vida.⁶

No relatório da ONU de 2012,⁷ as mulheres (adultas) representavam cerca 55-60% das vítimas. Em 2014, para a edição do próximo relatório, este número aumentou e, se incluirmos também as garotas menores de 18 anos, as mulheres chegam a representar $\frac{3}{4}$ das vítimas. O curioso é que, no tráfico de pessoas, as mulheres têm grande participação como traficadas, mas também como traficantes. Representando 1/3 do traficantes, elas atuam principalmente no recrutamento e aliciamento de mulheres, já que esta identidade de gênero facilita a conquista da confiança e do convencimento.

A par da exploração sexual, o trabalho forçado também representa um número expressivo, correspondendo a 44% nas Américas. No mundo, este número cai para 36%, mas tal dado é provavelmente maior, uma vez que não há tanta precisão nos relatórios enviados pelos países (em especial aqueles da África e Ásia). Na Europa, predomina o tráfico para exploração sexual. Ao contrário do que se possa imaginar, o tráfico de pessoas é mais comum dentro de uma mesma região/continente do que entre regiões/continentes. Isto decorre por ser mais fácil cruzar curtas distâncias (em alguns casos, basta atravessar a fronteira), pelos custos serem mais baixos e pela própria redução dos riscos de serem

4 UNODC. *Global report on trafficking in persons 2012*. New York: United Nations publication, 2012. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

5 RAHMAN, Majeed A. Human trafficking in the era of globalization: the case of trafficking in the global market economy. *Transcience Journal*, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www2.hu-berlin.de/transcience/Vol2_Issue1_2011_54_71_Glossary.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

6 *Ibidem*.

7 UNODC. *Global report on trafficking in persons 2012*. New York: United Nations publication, 2012. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

flagrados pelas autoridades. Nos países do Sul e Leste da Ásia, África e Leste Europeu, predominam vítimas quase que exclusivamente destas mesmas regiões. Na América do Norte, cerca de 2/3 das vítimas vêm da própria região da América Central e Caribe. A situação somente muda, todavia, havendo tráfico de longas distâncias de forma mais expressiva, na Europa Central e Ocidental (26%) e no Oriente Médio (70%).⁸

As vítimas brasileiras são comumente traficadas para a Europa e, na maioria dos casos, para exploração sexual. Entre 2005 e 2011, foram identificadas 475 vítimas nacionais.⁹ Os países de destino, segundo o Ministério da Justiça, são, em regra, Suíça, Espanha, Holanda e Suriname, sendo que este último entra na lista apenas como país de rota para Holanda. Há registros de tráfico para o trabalho escravo de brasileiros no exterior, correspondendo, contudo, a pouco mais que 35% dos casos. Tais dados, todavia, não refletem a realidade fielmente, uma vez que nem todas as ocorrências são levadas ao conhecimento da Polícia Federal e da Justiça. Eles representam apenas uma fração do montante, não obstante apontem um norte sobre como o tráfico atua no Brasil.

3. O tráfico de pessoas sob a ótica do Direito Internacional.

Na comunidade internacional, o assunto entrou na agenda há alguns anos, mas, somente em 2003, foi aprovado um tratado específico sobre a matéria: o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico

de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.¹⁰ O Protocolo representou um progresso no combate ao tráfico de pessoas, pois criou parâmetros, padrões e garantias a serem assegurados pelos diversos países signatários. Até 2012, por exemplo, cumprindo a orientação do Protocolo, 134 países haviam criminalizado o tráfico de pessoas em seus territórios. Como orientação normativa que é, o artigo 3º do Protocolo definiu o tráfico como:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

A dinâmica do tráfico de pessoas ocorre da seguinte forma. Traficantes buscam locais onde as pessoas estão vulneráveis, seja porque vivem na pobreza, seja porque se iludem com propostas de salário ou vida melhores. A vulnerabilidade é a chave para que todo o sistema

⁸ *Ibidem* (para todos os dados deste parágrafo).

⁹ Para todos os dados deste parágrafo: MINISTÉRIO da Justiça. *Relatório nacional sobre tráfico de pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011*. Disponível em: <http://csem.org.br/images/downloads/relatorios/Relatório_Nacional_sobre_Tráfico_de_Pessoas_-_consolidacao_dos_dados_de_2005_a_2011.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

¹⁰ Antes da criação da ONU, já havia uma preocupação com o tráfico de pessoas e a edição do Acordo Internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, em 1904. Complementando o Acordo de 1904, em 1910, foi editada a Convenção internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, cujo acréscimo se deu no tocante à disposição de sanção aos recrutadores de vítimas. Com a criação da ONU, foi publicada a Convenção e Protocolo Final para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 1949, a qual se voltava à proibição da prostituição e partia de um paradigma em que a mulher era considerada dependente e vulnerável à exploração sexual e seus exploradores. JESUS, Damásio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças - Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27-28.

do tráfico surja e se perpetue. As vítimas são cooptadas no país de origem, levadas para um país de trânsito ou, em certos casos, ao país de destino diretamente. O país de trânsito serve apenas como uma rota para facilitar a entrada no destino e não levantar suspeitas. Ao chegarem, as vítimas são ameaçadas e violentadas, têm seus passaportes retidos, são obrigadas a pagar o custo de seus deslocamentos e a sua manutenção. Contudo, este acerto de contas se dá de maneira desproporcional, onde o ganho decorrente do trabalho nunca será suficiente para o pagamento da dívida. Assim, a relação de dependência se perpetua e os traficantes impõem o seu controle.

Aqui, vale destacar que o consentimento da vítima não descaracteriza a situação do tráfico. O Protocolo assim estabeleceu expressamente para não deixar dúvidas. Como se sabe, é o abuso da situação de fragilidade da vítima que marca a preocupação com o tráfico de pessoas. E a postura dela neste processo não torna a conduta do traficante menos reprovável ou os efeitos negativos do tráfico menos perniciosos. Neste sentido, aliás, o Judiciário brasileiro tem entendido, de maneira que, para a caracterização do crime de tráfico de pessoas, seja doméstico, seja internacional, o consentimento e a colaboração da própria pessoa são irrelevantes.

Merece atenção o fato de que a imigração ilegal reflete uma situação distinta. Nesta, também ocorre a entrada ilegal do indivíduo, mas ele colabora e tem a opção de regressar e mudar de emprego livremente. Não há violação à sua locomoção e nem o uso da força, coação ou fraude. Trata-se de um contexto em que a pessoa não é vítima, embora esteja em situação de violação à lei. No tráfico, ao contrário, as pessoas não são consideradas como tal e têm a sua liberdade restringida. Em geral, seus documentos são retidos, elas são obrigadas a trabalhar para pagar os custos de sua mudança e permanência e sofrem constantes ameaças. São tratadas como mercadorias, vivendo em uma situação de real escravidão. Tal diferença se mostra



importante na prática para o direcionamento e tratamento dos indivíduos, já que as pessoas traficadas gozam de prerrogativas previstas no Protocolo.

Como mencionado anteriormente, o crime transnacional apresenta uma série de obstáculos em sua repressão, destacando-se, em especial, a dificuldade de interação, a falta de coleta de dados e o problema da falta de atuação coordenada entre os Estados. Tendo em vista estas dificuldades, o Protocolo estabelece um plano de atuação em três eixos: prevenção, repressão e proteção às vítimas (Em inglês, este plano é chamado de os 3 P's: *Prosecution of traffickers, Prevention of the crime of human trafficking e Protection of trafficking victims*). Esta orientação é importante porque estimula os Estados signatários a se empenharem sobre pontos cruciais do tráfico em seu território, otimizando esforços e aumentando resultados.

A par do tráfico em si, uma situação que tem preocupado e crescido é o problema relacionado ao retráfico. As vítimas, quando são descobertas e regressam ao seu país, sofrem com o preconceito e a dificuldade de se restabelecerem. Muitas são rotuladas como prostitutas e novamente interceptadas por traficantes, os quais cobram os valores dispendidos no seu envio para o exterior. Em algumas comunidades, ocorre violência física por conta da reprovação social e mes-

mo a família tende a discriminar. Em consequência, a repatriação as tornam ainda mais vulneráveis, o que aumenta as suas chances de serem novamente traficadas, formando-se um ciclo vicioso. Incrementando tal contexto, estão as políticas voltadas apenas à repressão criminal, preocupadas com o traficante e não com a vítima.

E este é um ponto que merece reflexão: uma abordagem focada nos direitos da vítima e não na repressão/punição dos traficantes. Atualmente, existe um predominante esforço no controle criminal e na prisão dos envolvidos, o que é um acerto, tal como estimula o Protocolo. Por outro lado, há o esquecimento da vítima, que acaba sendo deixada em segundo plano, o que, na prática, ocasiona uma situação de vulnerabilidade ainda maior. Ou seja, cada crime apurado não coloca os Estados mais perto da solução do problema, já que a atenção voltada para o pós-tráfico se limita à atuação nas consequências e não na causa.

É necessária uma mudança de perspectiva no tratamento do tráfico de pessoas, adotando-se uma fundada nos direitos humanos. Embora haja previsão no Protocolo e a própria ONU incentive iniciativas de cunho humanístico, fato é que há uma forte concentração de esforços na repressão, na prisão e processo dos traficantes. Ações voltadas à repressão criminal são essenciais, mas não as mais importantes. O foco não deve ser os traficantes, mas a vítima. Como dito acima, a causa do problema está na pobreza, na violência doméstica, na falta de educação e no desenvolvimento social, de maneira que a condição de vulnerabilidade da vítima é que a torna refém deste pernicioso sistema. Traficantes apenas se aproveitam desta situação, não sendo, contudo, o elemento principal.

Uma visão pautada nos direitos humanos não leva apenas à conclusão de que os Estados devem erradicar a pobreza e propiciar o desenvolvimento no campo social de seus territórios. Há atitudes que vão além. Trata-se de dar a devida atenção e suporte para as vítimas quando estão no país de destino, tal

como providências para que permaneçam em locais dignos aguardando o processo criminal e os procedimentos para o regresso ao país de origem. É fazer o devido acompanhamento à vítima, a fim de se evitar que seja novamente interceptada por traficantes ou, diante das dificuldades em restabelecer novamente em seu país, seja re traficada (a vítima, quando de volta ao país de origem, está duas vezes mais vulnerável, seja porque as condições de vida continuam ruins, seja porque sofre o preconceito e estigma de prostituta e fracassada). A modificação na abordagem sobre o tráfico é uma necessidade que não só dignifica a pessoa humana, mas também trata o problema em seu berço, dando, portanto, resultados mais efetivos.

3.1. A legalização da prostituição como medida preventiva?

Como dito acima, a melhor forma de se combater o tráfico internacional de pessoas é por medidas preventivas. Porém, o obstáculo é como operacionalizar essas medidas, já que, para uma ação de sucesso, é necessária a cooperação dos Estados. Este, aliás, é um ponto importante na efetivação do Direito Internacional, uma vez que os Estados são os responsáveis pela implantação das medidas pactuadas. O grande paradoxo é que se conhece a causa do problema, mas a sua solução é complexa e a longo prazo. Se o desenvolvimento social, a educação e a erradicação da pobreza são apontados como solução, fato é que o caminho para se chegar lá é longo. E até lá, o que se deve fazer?

Na tentativa de se dar uma resposta, alguns¹¹ advogam pela legalização da prostituição. A ideia é que, sendo uma profissão legalizada e havendo uma regulação desta

11 Como exemplo de defensores desta tese, cito Marie Se-grave (Order at the border: the repatriation of victims of trafficking. *Women's Studies International Forum*, 32, p. 251-260, 2009) e o Bureau of the dutch national rapporteur on trafficking in human beings (*Trafficking in human beings*. The Hague: Bureau NRM, 2005. Disponível em: <[http://www.dutchrapporteur.nl/Images/Rapportage%204%20\(Eng\)_tcm64-83608.pdf](http://www.dutchrapporteur.nl/Images/Rapportage%204%20(Eng)_tcm64-83608.pdf)> Acesso em: 14 out. 2014).

atividade, as mulheres e homens passarão a ter direitos trabalhistas, os locais de trabalho serão fiscalizados e, em consequência, existirá uma resistência em contratar imigrantes ilegais/traficados. Teoricamente, sustenta-se que a legalização gera um efeito substitutivo na procura da prostituição com pessoas/locais ilícitos pela prostituição lícita. Na prática, porém, os países que legalizaram a prostituição não experimentaram uma redução no fluxo de tráfico de pessoas. Ao contrário, houve um aumento. Na Alemanha, por exemplo, onde a prostituição foi legalizada em 2002, pesquisas mostram que pessoas traficadas vítimas de exploração sexual cresceram cerca de $\frac{1}{4}$ nos primeiros anos após a sua regulamentação, quando comparados com períodos anteriores.¹²

Uma explicação para tal fenômeno é que, com a legalização, a procura pela prostituição tende a aumentar. E muitas vezes, porém, a oferta de mulheres nacionais não é suficiente, ocasião em que o tráfico se mostrará como alternativa para atender a demanda. De fato, embora legal, a prostituição ainda é mal vista socialmente, sendo fortemente estigmatizada. Com isso, as mulheres nacionais e imigrantes legalizadas procuram outras atividades profissionais. Comparativamente, empregos mais simples em países desenvolvidos (garçonetes, atendentes...) têm grande participação de mão de obra estrangeira, já que são pouco atrativos para os nacionais. Da mesma forma, na prostituição, em razão de seu estigma social, há pouca procura por parte das nacionais e, em consequência, supre-se tal lacuna com as mulheres oriundas do tráfico.

Outra explicação é que o tráfico não está diretamente relacionado com a atividade ilegal da prostituição. Não é o fato da prosti-

tuição ser vedada que facilita ou estimula o tráfico. Pode haver alguma influência, mas não é a razão preponderante. Ele ocorre porque há outros fatores que o impulsionam, tal como a demanda pela prostituição, por exemplo. Fazendo um paralelo com o trabalho forçado, tal conclusão fica facilmente compreendida, já que o trabalho numa indústria têxtil é uma atividade legal, regulamentada e fiscalizada pelo Estado; entretanto, isto não impede ou reduz a ocorrência do trabalho escravo. A atividade do tráfico se beneficia da vulnerabilidade das vítimas, as quais são pobres e aceitam propostas de uma vida melhor em outro país, do mercado consumidor, da corrupção dos agentes estatais, e não, necessariamente, da prostituição como uma atividade ilegal.

3.2. Caminhos para uma atuação mais efetiva: a integração regional (UNASUL) e a lógica econômica do crime.

O Direito Internacional tem um importante papel no atual contexto mundial. Não obstante a ainda baixa coercibilidade e a dificuldade de se impor sanções aos Estados, fato é que nenhum Estado está isolado e independente sob o ponto de vista comercial e político. As integrações regionais (União Europeia, MERCOSUL e UNASUL) são exemplos da necessidade que os países têm de se unir para enfrentar de maneira mais apropriada os desafios impostos pela globalização e sociedade moderna. E tais integrações não se destinam à solução de questões comerciais apenas, mas, também, a questões políticas e sociais. Como exemplos, no âmbito da UNASUL, há o Conselho de Defesa e de Saúde e, no MERCOSUL, um Parlamento. Na Organização dos Estados Americanos – OEA, há o Departamento de Segurança Pública, o qual possui, inclusive, diversas atividades ligadas ao combate aos crimes internacionais.

A UNASUL representa um bloco formado pela Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela, e busca a

12 CHO, Seo-Young; DREHER, Axel; NEUMAYER, Eric. Does legalized prostitution increase human trafficking? *Economics of Security Working Paper 71*, Berlin: Economics of Security, 2012. Disponível em: <https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.405653.de/diw_econsec_0071.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.



integração política, social, cultural, econômica, financeira, ambiental e de infraestrutura entre seus membros. Para esta missão, foi assinado o Tratado Constitutivo do bloco em 2008 que prevê os seus princípios, órgãos e metas. Na América do Sul, a importância do estabelecimento da UNASUL está na mudança de perspectiva no progresso integracional, que migra de uma *integração econômica*, capitaneada pelo MERCOSUL, para uma *integração política, social e econômica*. Trata-se de uma integração com forte viés cooperativo com vistas à solução e capacitação dos Estados membros aos desafios propostos pela globalização.

A UNASUL, assim como as organizações internacionais, pode e deve ser usada como instrumento contra o tráfico de pessoas, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Judiciário. Para o primeiro, tais organizações funcionam como foros de discussão dos assuntos regionais e de tomada de decisões em conjunto e de forma coordenada. Também possuem a função de concentrar dados relativos ao tráfico, o que auxilia na identificação de pontos cruciais a serem observados. A ONU, como organização de caráter global, oferece diversos estudos sobre o comportamento do tráfico nas mais diferentes regiões do planeta, apontando como a dinâmica do

tráfico de pessoas se dá em cada local. Estar ciente desta dinâmica é crucial, pois a prevenção e repressão do trabalho forçado devem ser diferentes daquelas empregadas para a exploração sexual. Somente se sabe como proceder, quando se têm os dados e conhecem-se os detalhes a respeito do problema.

No âmbito das atividades do Poder Executivo, tais informações e dados devem ser levados em conta na elaboração de políticas e atuação das autoridades fiscalizatórias. Por exemplo, no momento da imigração, a fiscalização é facilitada conhecendo-se as características do tráfico. Este crime tem a maior participação de mulheres como autoras, correspondendo a um terço dos traficantes. Na América do Sul, as pessoas são traficadas entre os países da própria região sul, havendo também para a Europa e outras localidades, mas em menor escala. Neste tráfico regional, o destino é o trabalho forçado e a exploração sexual (44% para o primeiro e pouco mais de 50% para o segundo), enquanto, para a Europa, normalmente, o destino é a exploração sexual.¹³ Assim, sabendo-se como é o *modus operandi*, a atuação estatal tende a ser mais efetiva.

Para o Judiciário, a cooperação judicial seria um dos principais instrumentos. No âmbito da UNASUL, pode ser estimulado o estreitamento entre os Poderes Judiciários e também a facilitação no cumprimento de ordens judiciais e pedidos de cooperação. Tendo em vista a existência do tráfico para o continente europeu, pode-se estabelecer cooperações entre a UNASUL e a União Europeia. É possível também a criação de um banco de dados de condenações e investigações que auxiliem na localização de criminosos ou produtos do crime. Da mesma forma, o estabelecimento de rotinas que reduzam o tempo de execução do pedido de cooperação

13 UNODC. *Global report on trafficking in persons 2012*. New York: United Nations publication, 2012. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

e até mesmo procedimentos para oitivas por videoconferência.

Ao lado da UNASUL e da integração regional, merece destaque o fato de que o crime obedece à lógica econômica.¹⁴ A prática de um delito é mais ou menos suscetível de ocorrer se houver maior ou menor probabilidade de dar certo (de ser flagrado pela polícia, por exemplo). Há uma ponderação entre os custos e benefícios, a qual, em certa medida, é fator determinante na conduta criminosa. Um local escuro e sem movimento é muito mais propício à ocorrência de um roubo do que um lugar claro e movimentado. Pessoas idosas e mulheres são alvos mais fáceis do que os jovens e homens. Assim, sendo estes fatores levados em consideração pelos criminosos, dificultar esta relação custo-benefício pode ser um caminho no seu enfrentamento.

No tráfico visando ao trabalho forçado, a relação custo-benefício pode ser dificultada por meio da conscientização do mercado consumidor em não adquirir determinado produto que tenha se utilizado de mão de obra escrava ou de trabalho forçado. Alguma marca que se beneficie deste produto, seja no meio da cadeia produtiva ou no final, não quer ter o seu nome vinculado a produtos oriundos de atividades ilegais, por exemplo. Ao evitar a contratação de trabalhadores nesta situação, estar-se-ia desestimulando o tráfico. Aliás, a atitude de boicote é até mais eficaz do que a própria ação repressora do Estado. Arcar com atividades que envolvam mão de obra muito barata pode significar um custo alto quando se tem chances de ter um boicote de seus produtos em razão da vinculação da imagem a atividades ilícitas.

Neste contexto, a Nike é um bom estudo de caso. Ao longo dos anos, a marca tem sido frequentemente associada à exploração de

trabalho escravo e infantil por parte de seus fornecedores. Em 1996, a revista *Life* publicou a foto de um menino paquistanês costurando bolas de futebol da Nike e, nos anos seguintes, outras notícias foram divulgadas envolvendo seus colaboradores.¹⁵ Desde então, a empresa tem tomado medidas para reverter esse quadro, criando cargos de fiscalização própria em todas as etapas do processo: na fabricação dos produtos, na cadeia de importação, de exportação, na pesquisa e no desenvolvimento de produtos. Em 2013, por exemplo, foi encerrado o contrato com a Lyric Industries, a qual funcionava em um prédio antigo, abarrotado de funcionários de diversas empresas, sem as menores condições de segurança e saúde para os funcionários.¹⁶ O que modificou a postura da Nike não foi exatamente a preocupação com a forma em que trabalhadores exerciam suas atividades, mas sim o temor em ter perda de lucro e ter seu nome vinculado a atividades ilegais e imorais.

4. Conclusão.

O tráfico internacional de pessoas representa uma violação aos direitos humanos e é considerado um mercado lucrativo com franco crescimento nos últimos anos. O seu crescimento tem razão na dificuldade dos Estados em lidar com os crimes transnacionais, já que eles ocorrem em territórios diferentes, enquanto as autoridades tendem a atuar considerando apenas os efeitos dentro do seu território. No Direito Internacional, em 2003, foi assinado o Protocolo a fim de combater o tráfico de pessoas, o qual estabeleceu uma série de padrões e rotinas a serem seguidos pelos Estados, baseando-se, especialmente, em três eixos: prevenção, repressão e proteção à vítima (os 3 P's: *prevention, prosecution and protection*).

14 Sobre a teoria econômica do crime, ver: VECCHIO JUNIOR, Jacintho Del. *Sobre o alcance da teoria beckeriana do crime e da punição*. Disponível em: <http://www.academia.edu/3999495/Sobre_o_alcance_da_teorias_beckeriana_do_crime_e_da_punicao> Acesso em: 17 out. 2014.

15 Disponível em: <http://br.wsj.com/articles/SB100014240527023033800045795202328243_24174>. Acesso em: 20 out. 2014.

16 *Ibidem*.

Não obstante tal engajamento global, existe uma falha nas atuações dos Estados. Isto porque há uma grande concentração de esforços no pós-tráfico, deixando-se de lado o devido tratamento à origem do problema. O tráfico tem como alvo as pessoas que vivem em locais pobres e pouco desenvolvidos. Portanto, aqui deve residir o verdadeiro esforço

internacional e estatal. O foco deve ser a vítima e não o traficante. Esta mudança de pensamento é fundamental para tratar a origem do problema, evitando-se, por exemplo, novas ocorrências e situações de re-tráfico.

E é com base nisso que a legalização da prostituição não representa uma via adequada. Tal como visto, a prostituição

como profissão regulamentada não reduz o fluxo do tráfico. Em verdade, a regulamentação tende a aumentar este fluxo, pois o consumo cresce e a demanda por mulheres também, e, não havendo como supri-la com nacionais, então, lança-se mão do tráfico. O tráfico e a prostituição ilegal não se relacionam diretamente, pois funcionam em paralelo. É a demanda que influencia.

Dentro da realidade brasileira, este artigo sugere caminhos que podem somar na luta contra este crime. O primeiro é a utilização da UNASUL e das organizações internacionais. Como o tráfico opera sem fronteiras, é crucial que os Estados estabeleçam acordos cooperativos e facilitem o fluxo de informações e procedimentos investigatórios e judiciais. A

UNASUL, por representar uma integração regional de cunho social e político, pode servir de foro para o estabelecimento de instrumentos entre os países membros. Da mesma forma, a OEA, a qual goza de um Departamento de Segurança Pública, também está apta a contribuir na formulação de rotinas regionais e integrativas entre as autoridades administrativas e judiciais.

Outro caminho é a conscientização social para que não sejam consumidos produtos de marcas que se utilizem de mão de obra oriunda de trabalho escravo ou forçado. Esta atitude teve grande repercussão com a Nike que, após diversas notícias de que seus fornecedores se utilizavam de empregados naquelas condições, rescindiu contratos com determinados parceiros e mudou critérios para a contratação de novos fornecedores. A imagem de uma empresa tem grande participação no incremento de seus lucros e nenhuma quer se ver vinculada a atividades ilícitas. Portanto, a ocorrência de um boicote torna arriscado arcar com o baixo custo do trabalho escravo ou forçado e, em consequência, representa um caminho eficaz e que com resultados imediatos.

Por fim, várias são as questões envolvidas no tráfico internacional de pessoas que podem ser melhoradas ou alteradas. O assunto é complexo, pois envolve também situações locais, as quais necessitam um enfoque específico, não devendo, portanto, serem analisadas genericamente. A pobreza e a falta de desenvolvimento social são, de fato, as principais causas. Contudo, requerem ações com resultados a médio e longo prazo. Daí a importância de esforços paralelos, tal como os aqui apresentados. A principal questão é aquela pertinente à cooperação entre os Estados, pois o aumento deste crime tem se beneficiado da desarticulação e falta de ações coordenadas. Desta forma, mostra-se relevante a cooperação no seio das integrações regionais (em especial, a UNASUL) e outras organizações internacionais (OEA, por exemplo).



Bibliografia.

BRASIL. *Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BUREAU of the dutch national rapporteur on trafficking in human beings. *Trafficking in human beings*. The Hague: Bureau NRM, 2005. Disponível em: <[http://www.dutchrapporteur.nl/Images/Rapportage%204%20\(Eng\)_tcm64-83608.pdf](http://www.dutchrapporteur.nl/Images/Rapportage%204%20(Eng)_tcm64-83608.pdf)> Acesso em: 14 out. 2014.

CHO, Seo-Young; DREHER, Axel; NEUMAYER, Eric. Does legalized prostitution increase human trafficking? *Economics of Security Working Paper 71*, Berlin: Economics of Security, 2012. Disponível em: <https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.405653.de/diw_econsec_0071.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

COONTZ, Phyllis; GRIEBEL, Catherine. International approaches to human trafficking: the call for a gender-sensitive perspective in international law. *Women's Health Journal (Latin American and Caribbean Women's Health Network)* 4, p. 47-58, 2004. Disponível em: <http://www.childtrafficking.com/Docs/international_approaches_to_human_trafficking_the_call_for_a_11.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças - Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MANJOO, Rashida. Trafficking of women: norms, realities, and challenges. *Albany Government Law Review* 7, p. 6-33, 2014. Disponível em: <http://www.albanygovernmentlawreview.org/Articles/Vol07_1/7.1.006-Manjoo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

MINISTÉRIO da Justiça. *Relatório nacional sobre tráfico de pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011*. Disponível em: <http://csem.org.br/images/downloads/relatorios/Relatório_Nacional_sobre_Tráfico_de_Pessoas_-_consolidação_dos_dados_de_2005_a_2011.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

RAHMAN, Majeed A. Human trafficking in the era of globalization: the case of trafficking in the global market economy. *Transcience Journal*, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www2.huberlin.de/transcience/Vol2_Issue1_2011_54_71_Glossary.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

REINER, R. Political economy, crime and criminal justice. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 341-380.

SEGRAVE, Marie. Order at the border: the repatriation of victims of trafficking. *Women's Studies International Forum*, 32, p. 251-260, 2009.

TODRES, Jonathan. Taking prevention seriously: developing a comprehensive response to child trafficking and sexual exploitation. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Georgia, v. 43, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Todres_camera_ready_final-_2_.pdf>. Acesso em: 12 out. 2014.

UNODC. *Global report on trafficking in persons 2012*. New York: United Nations publication, 2012. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

VECCHIO JUNIOR, Jacintho Del. *Sobre o alcance da teoria beckeriana do crime e da punição*. Disponível em: <http://www.academia.edu/3999495/Sobre_o_alcance_da_teorias_beckeriana_do_crime_e_da_punicao> Acesso em: 17 out. 2014.

Responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise doutrinária e jurisprudência atual do STJ

Carolina Castro Costa

Juíza Federal Substituta. Mestranda em Direito Civil pela USP.

1. Introdução.

O Direito Civil pós-moderno, enquanto sistema regulatório das relações sociais, foi impelido a se adaptar às mudanças na organização social decorrentes da Revolução Industrial, com a massificação das trocas comerciais, bem como a crescente inovação tecnológica. Com a transformação do meio social, mostrou-se insuficiente a responsabilidade civil tradicional, pautada pela necessidade de punição do agente causador de um ato ilícito, que praticou uma conduta culposa, fazendo-se mister modificar o foco para a reparação de um dano injusto, em uma sociedade de risco.¹

É que, na sociedade contemporânea, há agentes que desenvolvem atividades que criam risco, não sendo razoável, no cotejo en-

tre sua conduta e o dano sofrido pela vítima, negar-lhe qualquer indenização, com base tão somente na impossibilidade de determinar-se a culpa. Acrescente-se a injustiça da ausência de reparação nas hipóteses em que alguém sofre um dano em decorrência de uma atividade lucrativa desenvolvida por outrem, que implica risco a terceiros, tudo a ensejar a flexibilização da prova do nexo causal.² A “socialização dos riscos” desponta como reação a riscos sociais, e não meramente individuais, o que exige a repartição das consequências danosas entre todos os membros da sociedade, sendo uma possível solução a adoção geral do

¹ Sobre as repercussões da sociedade de risco na responsabilidade civil, LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado* – desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3: “Uma das mais acentuadas características da sociedade contemporânea é o acelerado progresso tecnológico e científico. Essas descobertas e transformações visam, obviamente, melhorar a vida de todos no planeta Terra. Porém, tudo isso traz, paradoxalmente, grandes riscos e perigos para a civilização. Vivemos a era do medo, sentimento conhecido de toda criatura viva conforme ensina Zygmunt Bauman, e da incerteza. Não sabemos aonde podem nos levar esses avanços”.

² A respeito, cite-se LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 113-114: “O entrelcho, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam”.

seguro obrigatório.³

Por outro lado, a superação do paradigma liberal clássico, segundo o qual a liberdade de agir é erigida a valor fundamental que concretiza o princípio da isonomia, prescindindo de uma análise acerca das incongruências derivadas de uma igualdade meramente formal, contribuiu, de modo decisivo, para o abrandamento da importância da culpa na caracterização da responsabilidade. Isso porque o relevo conferido à culpa coaduna-se com o ideal de que o homem é plenamente livre para agir, já que sua liberdade só é restringida na medida em que afeta à esfera jurídica de terceiros, por adotar comportamento que, ao menos, é negligente, imprudente ou imperito. No entanto, no início do século XX, com o advento do Estado Social, passa-se a promover a igualdade material, o que redundou em um enfoque solidarista⁴ e concretizador de direitos também no âmbito da responsabilidade civil.

Na esteira da prevalência de valores constitucionalmente definidos na interpretação do ordenamento jurídico, em vista da ineficiência de uma abordagem meramente legalista, e considerando as graves violações a direitos humanos cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, despontou o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Considerando o valor do ser humano em si mesmo, tem-se uma mudança de perspectiva, inclusive no tocante à responsabilidade civil: da punição do agente que comete um ato ilícito para a reparação da vítima que sofre um dano injusto.⁵ É que o caráter punitivo

da reparação para o agente que age com inobservância dos deveres de cuidado e a aferição do caráter ilícito e culposos da conduta para a responsabilização civil colocam-se em um plano secundário, quando confrontados com a necessidade de reparação de um dano sofrido por uma pessoa que não lhe deu causa. Nesse contexto, desenvolveu-se a objetivação e a coletivização da responsabilidade civil, com o subsequente reconhecimento da responsabilidade civil objetiva e a indenização do dano moral, inclusive por ricochete.

Entretanto, tais institutos não se mostraram suficientes para solucionar toda a complexidade das relações sociais tal qual se apresentavam no decorrer do século XX. Assim, a jurisprudência francesa, especialmente a Corte de Cassação, a partir da década de 1930, passou a reconhecer a “*réparation d’une perte d’une chance*”, comumente traduzida para o português como responsabilidade civil pela perda de uma chance. Conquanto não seja possível citar um *leading case* francês, em 1932, aquela instância superior confirmou decisão que condenou um notário que, agindo com culpa, inviabilizou a chance de seu cliente adquirir propriedade rural como desejava, reconhecendo a existência de prejuízo e nexo causal. No entanto, a partir da década de 1950, a aplicação da referida teoria havia se difundido com a compreensão de que “a perda de uma chance constitui não um prejuízo eventual, mas um prejuízo certo, ensejando o direito à indenização”.⁶

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram-se após a visita de François Chabas à Universidade Federal do Rio Gran-

3 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51.

4 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16, *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

5 Nesse sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131: “O Direito Civil atual inverteu o polo e concentra-se na pessoa da vítima, considerando que, se alguém sofre um dano imerecido, faz jus, em princípio, à indenização. Houve,

portanto, (...) a inversão do fundamento geral da responsabilidade, que hoje tem por princípio geral a ideia de que ‘a vítima não deve ficar irressarcida’, em lugar da máxima que vigia anteriormente na matriz liberal, isto é, nenhuma responsabilidade sem culpa”.

6 CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, v. 922, ago. 2012, p. 139, extraído de Revista dos Tribunais Online, p. 8. Ressalte-se, contudo, que o autor questiona a origem da teoria, tendo em vista o precedente inglês Chaplin v. Higs de 1911.

de do Sul, em 1990, ocasião em que proferiu palestra sobre o tema.⁷ Pouco tempo depois, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a responsabilidade civil pela perda de uma chance, em um caso de cirurgia seletiva para correção de miopia, da qual resultou névoa no olho operado e hipermetropia.⁸ A aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça, contudo, deu-se apenas em 2006, com o caso conhecido como “Show do Milhão”, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, que revela um marco de sua difusão na jurisprudência brasileira.⁹

2. Natureza jurídica.

Um primeiro aspecto a ser destacado, para a compreensão da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é a impropriedade da tradução literal do termo utilizado pela doutrina e jurisprudência francesa, tendo em vista que mais adequado seria falar em subtração ou “perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda”.¹⁰ Isso porque o termo chance contém, na língua portuguesa, uma conotação de mera probabilidade, ao passo que o que se pretende indenizar, na hipótese sob análise, é um dano efetivo sofrido por alguém que, em razão de determinada conduta, foi privado de uma oportunidade. Embora nunca haja certeza quanto à ocorrência do resultado favorável, é possível aferir que certo comportamento impediu que a vítima pudesse concorrer para o benefício pretendido.¹¹



Esse é um dos pontos controvertidos para o reconhecimento ontológico da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Isso porque, não obstante a grande evolução da responsabilidade civil ao longo dos últimos séculos, há doutrina abalizada que defende ser o elemento “dano” imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil, de modo que dano hipotético ou imaginário não dá causa à indenização.¹² No entanto, nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, outro aspecto relevante diz respeito ao elemento “nexo de causalidade”, vez que, em certos casos, não é possível provar que a conduta do agente representa uma *conditio sine qua non* para o dano final sofrido pela vítima. Deste modo, a perquirição de sua natureza jurídica ganha relevo, destacando-se as seguintes correntes: uma que a enquadra como categoria intermediária entre os danos emergentes e os lucros cessantes; outra que a equipara à mitigação do nexo de causalidade; uma terceira que defende tratar-se de dano autônomo; e, por fim, aquela que reconhece

7 Por todos, SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196.

8 TJ/RS, Apelação Cível 598.069.996, Quinta Câmara Cível, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 12/06/1990.

9 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

10 FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. *Revista Forense*, v. 406, ano 105, nov./dez. 2009, p. 90.

11 Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 47: “É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se

considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a *certeza do dano*. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”.

12 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

a responsabilidade civil pela perda de uma chance tanto caracterizando dano autônomo como causalidade parcial, esta última em hipóteses específicas como na seara médica.

É comum observar-se na jurisprudência a compreensão da perda de uma chance como *tercium genus*, ocupando uma posição intermediária entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Desponta, desta forma, de um lado, um dano voltado para o passado, que importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima – danos emergentes; de outro, a perda do ganho esperável, que redundará na diminuição potencial do patrimônio da vítima – lucros cessantes; por fim, a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria (perda de uma chance).¹³ Na doutrina, Sílvio de Salvo Venosa¹⁴ reconhece tal caráter.

Esse entendimento poderia conduzir à conclusão de que há contradição entre o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance e o disposto nos artigos 402 e 403 do Código Civil.¹⁵ Trata-se, contudo, de conflito aparente, visto que também na indenização pela “perda de uma chance”, observa-se o princípio da razoabilidade, que exige um juízo de probabilidade pautado pelo normal desenrolar dos fatos, isto é, situação fática concreta (art. 402), bem como a reparação cinge-se a danos que decorrem de

forma direta e imediata da conduta do agente, excluindo-se os danos hipotéticos. Sobre o tema, leciona Judith Martins-Costa:

(...) o que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estão os pressupostos do dever de indenizar.¹⁶

Neste ponto, é importante diferenciar a responsabilidade civil pela perda de uma chance e a indenização por lucros cessantes. Tanto a vítima que tem direito a lucros cessantes quanto aquela que deve ser reparada pela “perda de uma chance” enfrentam dificuldades quanto à prova do dano, vez que, em ambas as hipóteses, resta sempre a possibilidade de algum evento imprevisível ou imprevisível impedir que a vantagem almejada se concretizasse, mas, no primeiro caso, a álea é maior, o que irá refletir no montante da indenização devida, proporcional à efetiva perda de uma oportunidade pela vítima.¹⁷ Interessante destacar que o sistema jurídico, por sua natureza, à medida que pretende compreender a realidade, mas sendo incapaz de reproduzi-la em sua integralidade, precisa recorrer a critérios aproximativos, de probabilidade e de normalidade, o que fica bem evidenciado no processo judicial, no qual é impossível apreender a verdade em sentido objetivo. A prova exigida, pois, é da mera

13 Exemplificativamente: “A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”. (STJ, REsp 1.190.180/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 16/11/2010, DJ 22/11/2010)

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35-39.

15 Transcreva-se seu conteúdo: “Art. 402. 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”. e “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

16 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 362.

17 Ressalte-se a crítica de VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 308-309: “Em muitas situações, ao ser concedida a indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente à expressão, à perda de oportunidade ou perda de chance. (...) Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingiria 25 anos de idade, por exemplo, e porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar”.

verossimilhança.¹⁸

Uma segunda corrente, com menor número de adeptos, sequer compreende a responsabilidade civil pela perda de uma chance como dano indenizável; é que a questão, por esta perspectiva, restringe-se a uma utilização da causalidade parcial. Em outras palavras, não se trata de problema relacionado a um dos elementos da responsabilidade civil, o dano, mas a outro, o nexo de causalidade, que é mitigado na hipótese de responsabilidade civil pela perda de uma chance, já que não se exige a demonstração específica que o dano alegado derivou direta e imediatamente da conduta ilícita, mas que este comportamento contribuiu para a ocorrência do dano.¹⁹

Uma terceira corrente reconhece à responsabilidade civil pela perda de uma chance a natureza jurídica de dano autônomo, inserido na categoria danos emergentes, consoante uma maior abertura conceitual.

Não se faz necessária, pois, a adoção de uma causalidade alternativa.²⁰ Nesse sentido, Daniel Amaral Carnaúba, em obra recentemente publicada,²¹ considera a indenização pelas chances perdidas uma técnica decisória, pela qual o prejuízo e o nexo de causalidade são substituídos e há um deslocamento temporal da regra reparatória, de modo a colocar a vítima na situação em que ela se encontrava até o evento danoso e não na situação em que ele se encontraria sem sua ocorrência. Assim, o que se repara é a própria chance perdida, considerada um “patrimônio anterior” da vítima, destruído em face do fato imputável ao réu.

Fernando Noronha defende que existem quatro situações a dar ensejo à aplicação da teoria da perda de uma chance: havendo interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, caracteriza-se a frustração da chance de obter uma vantagem futura, que poderia consistir tanto em um benefício direto como na eliminação de uma perda a ocorrer no futuro; ausente a interrupção de um processo danoso em curso, ter-se-á a frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (presente), seja a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo, seja a perda de uma chance por falta de informação.²²

Por fim, de forma majoritária no Brasil, há doutrina, na qual cabe destacar Sérgio

18 Por todos, BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXX, p. 60, 1976, *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15. A respeito, cite-se ainda a lição de LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts*. *George Washington Law Review*, v. 61, 1992, p. 159-160: “Accompanying these developments was increased attention to assessing and quantifying the health and environmental effects of man-made technological and pollution hazards. (...) More fundamentally, however, scientists developed increasingly refined concepts of knowledge and methods of evaluating evidence, analysis and proof. Theorists acknowledged that even – perhaps especially – the most secure knowledge must be tentative and probabilistic. Greater attention was given to the reality and relative persuasive value of different types of evidence. All of these developments in statistical, cognitive, and psychological theory merged with a new generation of adjudicative theory acknowledging that factfinding and trial work were necessarily probabilistic enterprises. These influences culminated in a judicial climate at least somewhat more receptive to intangibility, accepting of imperfect knowledge, and willing to recognize a wider variety of compensable harms”.

19 Nesse sentido: BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour les chances perdus: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*. J.C.P., 1974, I, 2620, *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 151.

20 Como um dos maiores expoentes, no âmbito da *common law*, dessa corrente doutrinária, tem-se KING JR., Joseph H. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981, conforme SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 168-169.

21 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 168-169.

22 NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perdas de chances*. *Revista de Direito Privado*, v. 23, jul. 2005, p. 28.

Savi²³ e Rafael Peteffi da Silva,²⁴ que, embora reconheça a caracterização de dano autônomo na responsabilidade civil pela perda de uma chance, diferencia da hipótese de responsabilidade pela perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, nas quais a responsabilidade civil pela perda de uma chance caracterizaria um recurso à causalidade parcial, visto que o processo aleatório encontra-se findo, havendo a perda concreta da vantagem esperada, diversamente dos casos de dano autônomo, inseridos na denominada teoria clássica, para os quais existe um processo aleatório interrompido. Esses juristas destacam a importância da compreensão da perda de uma chance como dano emergente autônomo, quando aplicável à teoria clássica, para o seu reconhecimento ontológico.

Não se vislumbra uma relação direta e imediata com o que se deixou de ganhar, à semelhança dos lucros cessantes, nos quais o ato (ilícito) exclui uma oportunidade de ganho à vista do que normalmente ocorre; tem-se, em verdade, um prejuízo efetivo ao patrimônio da vítima, do qual é subtraído uma possibilidade, séria e real, de obter um resultado favorável ou de impedir uma perda. É que existindo uma probabilidade constatável de ganho, é possível atribuir-lhe um valor econômico, visto que caracteriza uma posição jurídica favorável. Tal probabilidade é certa, mas o ganho é incerto, o que se reflete no montante da indenização e não na exclusão de responsabilidade.

A fim de caracterizar um dano autônomo e indenizável, e não meramente hipotético,



é preciso que a “chance” perdida seja séria e real, vale dizer, que, partindo-se do princípio da razoabilidade, conclua-se que o lesado possuía efetivas condições de concorrer à vantagem esperada. A mera possibilidade não é passível de indenização, como a perda, pelo advogado, do prazo de recurso, cujas chances de êxito são remotas.²⁵ Daniel Carnaúba,²⁶ após afirmar que, por uma questão lógica, primeiro se avalia se as chances são reais, para depois apreciar sua seriedade, enumera os elementos, a serem ponderados pelo magistrado, para verificar se a chance em questão constituía um interesse relevante para a vítima, e, portanto, indenizável: (i) caráter extraordinário da chance; (ii) proximidade temporal entre o evento danoso e o momento em que a chance seria efetivamente usufruída; (iii) atitude da vítima com relação à chance perdida, vale dizer, se ela estava a se preparar para usufruir da chance, adotando medidas capazes de permitir o seu gozo ou de ampliar suas probabilidades.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente que é aplicável a responsabilidade pela perda de uma chance em caso no qual a empresa contratada não compareceu ao hospital para a coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical de recém-

23 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5.

24 SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 110. Acrescente-se o entendimento mais recente esposado por este jurista: “no sentido de existirem duas modalidades: a primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada na causalidade parcial que a conduta do réu apresenta em relação ao dano final”, não se restringindo esta última espécie à seara médica.

25 Nesse sentido, o Enunciado 444, aprovado na V Jornada de Direito Civil, *in fine*: “(...) A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

26 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 184-186.

nascido.²⁷ Prevaleceu, por maioria apertada, que restou demonstrada a certeza da chance perdida a ensejar reparação. No entanto, tem-se que, na esteira do voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, a chance perdida não se mostrou séria e real, ou, em outras palavras, não havia elementos suficientes sobre a certeza da probabilidade concreta da ocorrência da situação mais favorável para o lesado, a ponto de justificar o dever de indenizar. A incerteza²⁸ sobre se o recém-nascido contrairia uma patologia ou se essa doença poderia ser curada pelo uso de células-tronco, agravada pela ausência de proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro, excluem o direito à reparação. Assim, não se tem sequer certeza da futura ocorrência da vantagem pretendida, o que não se revela hipótese de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, ainda que, no plano ético, seja justificável a punição mais grave da empresa inadimplente no caso em comento.

Observa-se, assim, que um dos aspectos fundamentais para a caracterização da seriedade é a combinação de eventos aleatórios, o que pode reduzir exponencialmente a probabilidade de ocorrência do resultado. Embora Sérgio Savi²⁹ proponha, com esteio na jurisprudência italiana, o critério de mais de

50% de probabilidade de êxito para que haja qualquer indenização, o Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando, de forma reiterada, no sentido de que tal exigência é excessiva, atribuindo-lhe um caráter qualitativo, e não meramente quantitativo, especialmente em situações-limite quando se avalia um percentual de 49% de chance.³⁰

Cabe mencionar, no ponto, o *leading case* no Superior Tribunal de Justiça, denominado “Show do Milhão”,³¹ no qual um participante do programa ingressou com uma ação para ser indenizado, uma vez que, superadas todas as etapas até a última pergunta do milhão, foi prejudicado pela ausência de qualquer resposta correta. Tratando-se de uma pergunta com quatro alternativas de resposta e considerando que o acerto somaria R\$ 500 mil ao prêmio já acumulado, este Tribunal Superior reconheceu a existência de chances sérias e reais de ganho, ainda que probabilisticamente calculadas em 25%, o que refletiu no valor da reparação arbitrada, correspondente a 25% de R\$ 500 mil.

Sem embargo de não parecer a melhor interpretação aquela adotada por Sérgio Savi, segundo a qual a vítima não teria direito a qualquer ressarcimento neste caso, é discutível a adoção de parâmetros de indenização apoiados unicamente em critérios de probabilidade matemática, desconectados de elementos como o incremento estatístico da probabilidade de acerto considerando o desempenho individual da autora até aquele momento. Isso porque, a partir de tal elemento, e mesmo observados critérios científicos, pode-se concluir que a probabilidade de acerto a questões de múltipla escolha deixa

27 STJ, REsp 1.291.247/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19/08/2014, DJe 01/10/2014.

28 Tal incerteza é patente no seguinte trecho do voto do Ministro Relator: “Portanto, não há falar em dano hipotético, conforme constou na sentença, mas de dano certo consistente na *perda definitiva da chance de prevenir o tratamento de patologias grave, sendo essa chance perdida o objeto da indenização*”. Isso porque, ao referir-se à prevenção, o argumento reporta-se a aspecto pouco tangível.

29 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4. Em sentido oposto e citando o sistema norte-americano, que segue o padrão “more likely than not”, aplicando a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance apenas em casos que a vítima tem menos de 50% de chances, tem-se SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 141.

30 STJ, REsp 1.220.911/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 17/03/2011, DJe 25/03/2011. Em sede doutrinária, observa-se a crítica de SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 195.

31 STJ, REsp 788.459/BA, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334.

de ser totalmente aleatória, de modo que o percentual de chance torna-se superior a 25%, algo próximo a 50%. Conquanto tal afirmativa seja, em sede desse estudo, baseada apenas em experiência empírica, o que não afastaria aquela conclusão do Superior Tribunal de Justiça, ressalta-se a importância, ante o pedido subsidiário da recorrente de redução do montante da indenização, de o recorrido trazer dados estatísticos para embasar seu argumento da qualidade da candidata e suas chances de êxito, possibilitando seu acolhimento pelo Tribunal de forma devidamente fundamentada.

Diferente foi a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,³² ao corroborar a aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance pelo Tribunal *a quo*, condenando emissora de TV a pagar R\$ 59.000,00, ou seja, 50% do prêmio máximo, excluído o valor recebido de R\$ 1.000,00, em programa de perguntas e respostas, sem múltipla escolha. O candidato teria respondido corretamente, mas foi desclassificado porque a resposta não correspondia à bibliografia acordada, mesmo tratando-se de passagem ficcional. Mesmo se constatado que as chances eram sérias e reais, a fixação da indenização em 50% do prêmio total, em etapa ainda intermediária, sem garantia de acúmulo do prêmio na etapa subsequente (caso errasse, a qualquer momento, o candidato receberia apenas R\$ 1.000,00), bem como a dificuldade de adoção de critérios estatísticos, visto que não havia respostas a escolher (múltipla escolha), e à míngua de fundamentação específica, não parece ser o entendimento mais acertado.

De qualquer modo, independentemente da corrente doutrinária que se adote em relação à sua natureza jurídica, a responsabilidade civil pela perda de uma chance encontra fundamento de validade na cláusula aberta de responsabilidade civil, prevista no artigo 927 do Código Civil, antigo artigo

186 do Código Civil de 1916, não se fazendo necessário qualquer alteração legislativa no ordenamento jurídico brasileiro para a sua aplicação. Assevere-se que alterações legislativas promovidas nos artigos 1537 e 1538 do Código Civil de 1916, que deram origem aos artigos 948 e 949 do Código Civil atual, apontam igualmente no sentido da reparação integral dos danos, ao acrescentar cláusulas abertas como “sem excluir outras reparações” e “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.³³

3. Consequência jurídica: a reparação.

A partir da definição da natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, firmam-se os critérios para a fixação da indenização devida. Neste ponto, interessante destacar que as divergências apontadas quanto à definição do instituto refletem-se em equívocos no estabelecimento da reparação correspondente à perda patrimonial (ou extrapatrimonial) sofrida pela vítima. Isso porque o dano não consiste no resultado final favorável impedido pela conduta ilícita, mas na subtração da oportunidade de obter uma vantagem ao final de um processo aleatório. Neste passo, não é devido à vítima a reparação em montante correspondente ao benefício pretendido; é necessário, ao revés, verificar o percentual de probabilidade de sua obtenção. Probabilidade essa séria e real, e não simples esperança subjetiva,³⁴ como já delineado.

Frise-se que não há nexo de causalidade com a vantagem perdida, para fixar lucros cessantes, mas nexo causal entre a condu-

32 STJ, REsp 1.383.437/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013.

33 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104-106.

34 Expressão utilizada por SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138. O autor sugere como critério para aferir a seriedade da chance perdida o lapso temporal entre o evento danoso e o momento em que as chances seriam utilizadas, tendo em vista a maior dificuldade para provar o prejuízo (p. 140-141).

ta e a chance subtraída, o que redundará em indenização por valor inferior ao resultado útil esperado. Reconhecendo que a chance detém, no momento de sua perda, um valor econômico incontestável, Sérgio Savi propõe a quantificação do dano de forma equitativa pelo juiz, valendo-se de uma fórmula utilizada pela Corte de Cassação Italiana, nos seguintes moldes:

$$VI = VRF \times Y;$$

Onde: VI = valor da indenização da chance perdida;

VRF = valor do resultado final;

Y = percentual de probabilidade de obtenção do resultado final.³⁵

A probabilidade influencia, portanto, o montante da indenização e não a existência de um dano certo, mesmo no caso de prejuízo extrapatrimonial. Tal diretriz, contudo, é insuficiente nos casos em que o processo aleatório foi até o seu final, como ocorre comumente na seara médica, hipótese em que é possível constatar quem efetivamente sofreu o dano final e quem, não obstante a conduta faltosa, não amargou qualquer prejuízo. Nestes casos, Rafael Peteffi da Silva³⁶ propõe a utilização de uma fórmula geral, criada por Paul Speaker, a ser utilizada nas hipóteses em que já houve a perda definitiva da vantagem esperada:

$$\frac{X - Y}{1 - Y}$$

Onde: X = chance genérica de evitar o dano final

Y = chance após a conduta do réu

Observa-se, a partir da análise concreta, que tal proposição melhor atende a reparação integral da vítima. É assim, por exemplo, que a adoção de um procedimento

médico equivocado, que aumenta as chances de óbito do bebê de 5% para 10% durante o parto, não representa uma perda equivalente a 5% do dano final sofrido pelos pais, caso a criança faleça. Na verdade, o erro médico representa um aumento de 50% da probabilidade de óbito, de forma que a indenização deverá corresponder a 50% do dano final sofrido pela(s) vítima(s). O referido jurista brasileiro ainda ressalta a possibilidade de utilização da fórmula proposta por Paul Speaker também se as chances perdidas representam danos independentes e não apenas causalidade parcial, quando ocorreu o desaparecimento total das chances da vítima, após a conduta do agente que interrompeu o processo aleatório antes de chegar ao final. Nestes casos, sendo nula a chance de êxito, tem-se o resultado sempre equivalente a X, ou seja, é reparada a probabilidade genérica de evitar-se o dano final.³⁷

Parece, contudo, dispensável o afastamento da fórmula da Corte de Cassação Italiana, vez que seu Y, isto é, o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final, também deverá observar os 50% e não os 5%, na hipótese acima. Não há necessariamente uma incompatibilidade entre as duas proposições; pode ocorrer, no entanto, um equívoco na análise da chance a ser reparada quando o dano final restou configurado. Afinal, a equação italiana pretende revelar o montante da indenização, enquanto a fórmula de Paul Speaker visa a auxiliar na aferição da probabilidade subtraída, de modo a complementar aquela da Corte de Cassação da Itália, por meio da fixação do valor Y. Têm-se, inclusive, por salutar, os esforços da doutrina para tornar científico o parâmetro usado para aferir o valor da reparação, promovendo a segurança

35 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

36 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 148-154.

37 Cite-se SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 154: "Ressalte-se que, nos casos em que o processo aleatório não chegou até o final, a sua utilização indicará um resultado idêntico ao verificado com a adoção da metodologia tradicional".

jurídica e a paz social.

Um aspecto digno de nota quanto à quantificação dos danos é a redução da indenização proporcionalmente à mitigação do nexo de causalidade. É assim a hipótese em que, face à morte do paciente, não sendo possível fixar se a morte ocorreu em virtude do desenrolar natural da doença ou em decorrência de falha médica, por ação ou omissão, fixa-se uma reparação não integral do dano sofrido. Considera-se o médico responsável, ao menos de forma concorrente, pela perda da chance de sobreviver do paciente, e, havendo dúvida sobre a causa do dano, a chance é indenizada parcialmente.³⁸ O problema, como se vê, surge em hipóteses nas quais o dano final já ocorreu, e não é possível estabelecer a relação de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido.

Essa parece ter sido a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça,³⁹ em um caso no qual um bebê de oito meses faleceu imediatamente após negativa de cumprimento de liminar de internação por hospital privado, ao argumento de que a decisão impressa na *internet* não possuía valor legal. Para o Ministro Relator, não havia como ser aplicado de forma pura o princípio da causalidade adequada, mas a omissão do hospital aumentou os riscos para a consecução do dano, sendo seu dever, pois, indenizar os pais da vítima, segundo a teoria dos danos morais por ricochete, correspondentes à perda de uma chance de sobrevivência e não em razão da morte. No voto condutor, não houve condenação em danos materiais, ao argumento de

que “não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o atendimento pelo recorrido impediria o resultado”. Embora o Ministro Relator fundamente a condenação na responsabilidade civil pela perda de uma chance, verifica-se que, levada a cabo e termo, ensejaria a reparação por danos materiais; por outro lado, a reparação pelo dano moral indireto, que atinge a integridade moral dos pais, é devida pela morte do bebê, reconhecida a falha do hospital, independentemente da caracterização da perda de uma chance.

Deste modo, o entendimento adotado pela Ministra Nancy Andrigli, que restou vencida, melhor se coaduna com os contornos atuais do instituto. A magistrada posicionou-se no sentido de ser necessário apurar o nexo causal entre a conduta do hospital e o dano sofrido – perda da oportunidade de cura –, a partir de um processo regular de produção de provas, tendo em vista que mesmo a perda de uma chance de cura caracteriza dano autônomo e não mitigação do nexo de causalidade, de modo que o desafio recai sobre a quantificação do dano. O Ministro Sidnei Beneti, por seu turno, acompanhou o Relator, mas por fundamento diverso da “perda de uma chance”: a fixação de indenização de dano moral pautada exclusivamente pela dor e sofrimento causado indevidamente aos pais pelo hospital, que se recusou a atender o bebê, ferindo uma obrigação jurídica.

Há corrente doutrinária abalizada que critica, sobremaneira, a utilização de critérios estatísticos para apurar-se o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, por reputar ser apenas uma média teórica, que deve ser apreciada em face dos fatos concretos, comprovados na ação judicial. Nesse sentido, o livre convencimento motivado do magistrado não poderia pautar-se em um elemento abstrato, a justificar a mitigação do nexo causal, culminando com a reparação parcial do dano sofrido. A proposta de Savatier é servir a estatística como recurso auxiliar para a formação da convicção do juízo, que concluirá pela existência ou inexistência da causalidade

38 A tal respeito, KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98: “Uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar pé, em França, a partir do início dos anos 60, e que se pode dizer consolidada a partir de 1965, impõe ao médico que, por culpa sua, faz perder ao doente uma possibilidade séria de cura ou de sobrevivência, uma obrigação de indenização, todavia parcial com respeito ao prejuízo final constituído pela morte ou incapacidade. É o que se designa por *perda de chance de guérison ou de survie*”.

39 STJ, REsp 1.335.622/DF, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/12/2012, DJe 27/02/2013.

entre a conduta praticada e o dano sofrido.⁴⁰ Presente o liame necessário à configuração da responsabilidade civil, impõe-se a reparação integral da vítima e não mitigada pela dúvida no momento de decidir.

Nesse sentido, a doutrina francesa mostra-se majoritariamente refratária à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica, visto que representa um desvirtuamento na utilização do princípio da causalidade e um risco para a certeza de todo o sistema. Isso porque o juiz, ao deparar-se com uma situação de incerteza, o que não é incomum em casos que tais, optará pela indenização parcial da vítima, afastando-se do julgamento de improcedência, bem como da procedência do pedido de reparação integral do dano sofrido. A jurisprudência francesa, contudo, caminhou em sentido diverso,⁴¹ possivelmente preocupada com o novo enfoque da responsabilidade civil para a reparação da vítima, e diante da dificuldade



de responsabilizar agentes que possuem obrigação de meio⁴² e não de resultado, como é o caso dos médicos. Agostinho Alvim, ao tratar dos casos de dano cuja prova seja difícil, ou mesmo impossível, assevera: “O juiz não deve ser excessivamente rigoroso, quando se lhe deparam tais casos”.⁴³

Faz-se mister ressaltar que a reparação das chances perdidas exerce papel relevante nos casos de inadimplemento de obrigações de meio, como é a hipótese dos médicos e advogados. Nesses casos, o credor tem reconhecido apenas seu interesse sobre a possibilidade de obter o resultado, o que implica em álea, mas não redundando em negativa da reparação de tal interesse, se for prejudicado, tão somente por seu caráter aleatório. Não raro, não é possível, mesmo para um especialista, concluir se a adoção

de determinado procedimento médico, ou a produção de certa prova, conduziria a um resultado diverso do alcançado. Haverá reparação, mesmo que presente a incerteza, desde que caracterizada a chance séria e real. Nesse sentido, Daniel Carnaúba defende a proteção jurídica dos interesses aleatórios, pontuando especificamente na seara médica que: “A des-

40 SAVATIER, René. J.C.P., 1976. 18216, *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89: “Car une telle statistique (à la supposer possible au sein du secret paralysant la comptabilité des fautes médicales, donc de leurs effets) ne peut établir qu’une moyenne théorique. L’essentiel du problème propre à la cause à juger n’en est point éclairé. En effet le juge persiste à ignorer de quel côté de la moyenne se placerait le cas de l’espèce, ne sachant donc nullement si, à l’égard de la victime individuelle de l’accident mortel, la faute propre du médecin défendeur a été causale”.

41 SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89-90.

42 Sobre a importância da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, nas hipóteses de obrigação de meio, SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13: “(...) a noção da chance é fundamental para a responsabilidade profissional quando se trata de obrigação de meios. Sem isso, corre-se o risco de total ineficácia na tutela dos danos de tal procedência. No que tange ao direito brasileiro, cumpre salientar que o princípio passou a ser explicitamente mencionado em decisões jurisprudenciais recentes, porém, mesmo sem menção específica, já era adotado no tocante à responsabilidade profissional”.

43 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 190-193.

peito do crescente poder do homem sobre sua saúde, os tratamentos médicos ainda estão submissos ao império da álea”.⁴⁴

Cumpra observar, ainda, que um dos equívocos na aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance é restringir a indenização ao dano moral, à medida que se considera os reflexos da subtração da oportunidade apenas na esfera extrapatrimonial e não como um valor econômico presente no patrimônio da vítima, subespécie de danos emergentes, que pode ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial, conforme a natureza do interesse sobre a vantagem aleatória desejada.⁴⁵ Adotar tal entendimento implica, inclusive, restringir a indenização de danos, em razão da perda de uma chance, sofridos por pessoa jurídica, à medida que, para o ente de ficção, o dano moral resta apenas caracterizado quando da lesão à sua honra objetiva.

Uma análise preliminar da jurisprudência brasileira permite concluir que um dos aspectos em que a aplicação jurisprudencial vem afastando-se do entendimento esposado pela doutrina estrangeira e nacional é exatamente no não acolhimento de condenações, nesta seara, a títulos de danos patrimoniais, o que deu ensejo ao Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil:

Enunciado 444 – Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Observa-se, nesse sentido, uma decisão recente do Superior Tribunal de Justiça,

que manteve condenação de causídico à indenização por danos morais em virtude da perda de prazo para a propositura da ação principal.⁴⁶ Ao negar a reparação por danos materiais, este Tribunal Superior afastou-se da reparação integral do dano, sob a ótica da “perda de chances”, sendo relevante pontuar também que a Corte expressamente deixou de analisar o caráter real e sério da chance em comento – possibilidade de êxito do postulante eventualmente perdida em razão da negligência do advogado.⁴⁷ Não se exclui, porém, a possibilidade de que o instituto tenha sido aplicado sem o rigor técnico, ou seja, o que ambas as instâncias decisórias pretendiam indenizar não foi a perda de uma chance, mas o dano moral decorrente de a vítima não ter sua demanda submetida à apreciação do Poder Judiciário, independente de sua real probabilidade de êxito, como direito fundamental inserido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Importante ainda salientar aspecto de direito processual civil que, por vezes, obsta a indenização da vítima do dano: fixação dos limites da demanda em virtude da causa de pedir e pedido declinados na petição inicial. Trata-se da hipótese em que o autor pede reparação a título de danos emergentes e lucros cessantes, e não especifica que pretende a aplicação da teoria da perda de uma chance, o que redundaria em julgamento *extra peti-*

46 STJ, AgRg no REsp 1.149.718/MT, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 21/02/2013, DJe 04/03/2013.

47 Em julgamento ainda mais recente, o Ministro Relator, conquanto tenha reiterado sua posição de que é prescindível a análise da real possibilidade de êxito do postulante, avaliou, *in concreto*, a seriedade da chance indenizada, mas manteve a reparação tão somente dos danos morais. Transcreva-se trecho que revela a louvável evolução de entendimento: “No caso concreto, o fato de o advogado não ter instruído o mandado de segurança com as provas necessárias permite a aplicação da teoria da perda de uma chance, diante da possibilidade de êxito da postulante, que não logrou sucesso na ação mandamental em razão da falha do mandatário, mormente no que se refere à comprovação de que a ora recorrida vinha atuando como professora contratada a título precário”. (STJ, EDcl no REsp 1.321.606/MS, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 23/04/2013, DJe 08/05/2013)

44 *Ibidem*, p. 189-191.

45 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 170.

ta.⁴⁸ Observa-se que a problemática imbrica-se com o debate sobre a própria natureza jurídica do instituto. A solução proposta por Sérgio Savi que, ao mesmo tempo, permite a reparação integral e garante o contraditório e a ampla defesa, atentando-se para as especificidades do instituto, consiste em verificar a real intenção do autor. Se for a indenização por perda de uma chance, mas qualificada como lucros cessantes, o magistrado deverá oportunizar ao réu defesa, tendo em vista a nova qualificação jurídica; caso depreenda-se que o autor não pretendia reparação com tal fundamento, o pedido deve ser julgado improcedente. À vítima, recomenda-se formular pedido de indenização pelos lucros cessantes, e alternativamente, caso o juiz não verifique a certeza, a indenização pela perda da chance.⁴⁹

4. Conclusão.

Observa-se que a responsabilidade civil pela perda de uma chance vem ao encontro de uma mudança de foco da punição do causador do dano para a reparação da vítima, a partir de diversas transformações sociais, entre as quais se destaca o aumento dos riscos em virtude da evolução tecnológica vertiginosa. Considerando-se que a conduta do réu impossibilita avaliar se o resultado favorável verificar-se-ia, fulminando as reais chances de sua ocorrência, a solução pela reparação da perda dessa oportunidade, de modo proporcional às probabilidades de realização da vantagem esperada, parece ser a que melhor se coaduna com a regra geral da reparação integral dos danos.

Embora os argumentos adotados pela corrente que defende ter a perda de uma chance a natureza jurídica de dano autônomo aproximarem-se do reconhecimento da mitigação do nexo causal nas hipóteses em que se veri-

ficou o dano final, o reconhecimento de duas espécies de responsabilidade civil pela perda de uma chance – a teoria clássica, quando o processo aleatório foi interrompido, e a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, quando se verificou o dano final, – parece ser mais adequado. Isso porque, considerando a obrigação de meio dos profissionais da saúde, especialmente os médicos, e as dificuldades de produção de prova, é necessário reparar também a vítima quando, ainda que seja impossível comprovar que a falha médica é *conditio sine qua non* para a realização do dano, verificar-se que o erro médico ocorreu e reduziu suas chances de cura ou mesmo de (prolongamento da) sobrevivência.

Mais relevante ainda que definir sua natureza jurídica, mostra-se assentar parâmetros para a fixação da reparação devida e, nesse sentido, já há fórmulas lançadas pela doutrina, que têm como diretriz avaliar a perda da oportunidade a partir da análise da redução de probabilidade da ocorrência do dano final, sendo descabido indenizar pela integralidade da vantagem final não obtida. Ressalte-se ainda a importância de se observar que a chance representa um valor econômico aferível no momento em que seu titular a perde, devendo dar ensejo à reparação por danos materiais e não apenas danos morais, como ainda se observa na jurisprudência.

Por fim, faz-se mister apontar que o Superior Tribunal de Justiça, que uniformiza a interpretação da legislação infraconstitucional e, portanto, aprecia, em última instância, a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, vem, nos últimos cinco anos, de forma salutar, reconhecendo sua recepção pelo Direito Brasileiro, independentemente de previsão expressa, e adotando diretrizes assentadas pela melhor doutrina nacional e também estrangeira, em um esforço de definição do instituto no ordenamento pátrio, não podendo se olvidar que a jurisprudência também é fonte do Direito. Não obstante, é possível, a partir de uma análise crítica, apontar aspectos que podem ser aper-

48 Nesse sentido: STJ, REsp 1.244.685/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/10/2013, DJe 17/10/2013.

49 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95.

feioados, como se objetivou contribuir ao longo do texto.

Bibliografia.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro/ São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil – teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, v. 922, ago. 2012.

----- . *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Coords. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHABAS, François. La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile. *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, v. 61, n. 2, ano XXXVIII, mar./abr. 1996.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. *Revista Forense*, v. 406, ano 105, nov./dez. 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 922, ago. 2012.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade civil - direito civil*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVIT, Nancy. *Ethereal Torts*. *George Washington Law Review*, v. 61, 1992.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado – desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

----- . *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*, v. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perdas de chances. *Revista de Direito Privado*, v. 23, jul. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria da. *Curso de direito civil*. Obrigações em geral. v. II. 6. ed. rev. atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: comparação jurídica e direito positivo para um modelo dogmático*

brasileiro. Tese de doutorado, USP, São Paulo, 2004.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SPEAKER, Paul. The applications of the loss of a chance doctrine in class actions. *Review of Litigation*, Spring 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOURNEAU, Philippe Le. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



Jurisprudência

Uniformização de jurisprudência



CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0011900-67.2014.4.03.0000

(2014.03.00.011900-0)

Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE JUNDIAÍ - SP

Parte Autora: FIRMINA COSTA TEIXEIRA

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: CC 17390

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO DE DAS AÇÕES EM CURSO. APROVAÇÃO DO ENUNCIADO DA RESPECTIVA SÚMULA.

1. Na sessão de 26.11.2014, o Órgão Especial desta Corte aprovou proposta para edição de súmula sobre o tema da impossibilidade de redistribuição das ações em curso no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

2. Ressalva feita na hipótese de redistribuição de causas entre JEFs instalados em uma mesma base territorial.

3. Aprovação de enunciado com o seguinte teor: “É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial”.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, aprovar a proposta de Súmula com o seguinte teor: “É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial”, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Na sessão realizada no dia 26.11.2014, foram julgados os conflitos de competência nºs 2014.03.00.011051-3, 2014.03.00.011900-0 e 2014.03.00.008629-8, de minha relatoria, cujos acórdãos restaram assim ementados:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. REDISTRIBUIÇÃO DE AÇÕES EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA

PERPETUATIO JURISDICTIONIS.

1. Em que pese a inexistência de previsão expressa a respeito do Regimento Interno da Corte, dada a crescente instalação de Varas de Juizado Especial Federal é imperioso o reconhecimento da competência do Órgão Especial com o fim de uniformizar a interpretação sobre a matéria controvertida tendo em vista a repercussão do tema sobre o destino de múltiplos jurisdicionados que não podem ser submetidos à insegurança jurídica advinda da prolação de decisões conflitantes, sob pena de gerar descrédito e o enfraquecimento da atuação institucional deste sodalício. Aplicação subsidiária do Art. 11, VI do RISTJ.
2. O Art. 3, § 3º, da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), excepcionalmente, estabelece regra de competência absoluta pelo critério territorial, todavia, esta se encontra delimitada no tempo, de forma a abranger apenas as ações propostas a partir da instalação do novo Juizado, *ex vi* do Art. 25 da mesma Lei.
3. Estabelecido o órgão jurisdicional competente, este deverá conduzir o processo até o final, independentemente de futura alteração no critério de competência, ressalvadas aquelas hipóteses taxativas, indicadas no Art. 87 do Código de Processo Civil, em razão da prevalência do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.
4. O Art. 25 da Lei 10.259/01 tem como objetivo impedir que os órgãos recém-criados, que são destinados a prestar um atendimento mais célere, sejam abarrotados de causas antigas já no início do seu funcionamento, o que prejudicaria o seu desempenho e sua operacionalidade, vindo a comprometer sua finalidade, sem necessariamente implicar no descongestionamento das Varas originárias, considerada a multiplicidade de ações em trâmite. Precedentes do e. STJ.
5. A Resolução CJF3R nº 486/2012, ao dispor sobre a redistribuição das demandas em curso, em função da criação de novos JEFs em certas localidades, violou as disposições do Art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, do Art. 87 do CPC e do Art. 25 da Lei 10.259/01.
6. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo suscitado.
7. Aprovada a proposta de edição de súmula nesta matéria, com fundamento no Art. 107 *caput*, §§ 1º e 3º do RITRF3, diante da multiplicação de conflitos idênticos que têm sobrecarregado os órgãos fracionários desta Corte.

À unanimidade, este Egrégio Órgão Especial aprovou proposta para edição de súmula sobre o tema em questão.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Nesta oportunidade, apresento a Vossas Excelências algumas sugestões para o referido enunciado:

- 1) As hipóteses de criação ou alteração dos limites territoriais de Juizado Especial Federal não autorizam a redistribuição das ações em andamento, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.
- 2) As hipóteses de criação ou alteração dos limites territoriais dos Juizados Especiais Federais não autorizam a redistribuição das causas anteriormente ajuizadas, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*;
- 3) É incabível a redistribuição de ações em decorrência da instalação ou alteração dos limites territoriais dos JEFs, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

4) A instalação de Vara do Juizado Especial Federal, ou a mera alteração de seus limites territoriais, não dão ensejo à redistribuição das ações anteriormente ajuizadas, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (Art. 87 do CPC).

5) A instalação de Vara do Juizado Especial Federal, ou a mera alteração de sua jurisdição, não autorizam a redistribuição das ações em curso, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (Art. 87 do CPC).

6) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC para definir a competência dos Juizados Especiais Federais.

7) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC quando o conflito de competência de estabelecer entre órgãos dos Juizados Especiais Federais.

8) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC aos conflitos de competência entre Juizados Especiais Federais.

9) Aplica-se o disposto no Art. 87 do CPC para a definição da competência dos Juizados Especiais Federais.

Minha escolha pessoal recai sobre o item nº 3, com o acréscimo da ressalva sobre a possibilidade de redistribuição de causas entre JEFs instalados em uma mesma base territorial, em consonância com o Enunciado nº 1, Grupo 2 - Competência, aprovado pelo XI Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF, realizado na cidade de Campo Grande/MS, entre os dias 12 a 14 de novembro de 2014. *In verbis*:

Enunciado 1

Não serão redistribuídas a Juizado Especial Federal (JEF) recém-criado as demandas ajuizadas até a data de sua instalação, salvo se as varas de JEFs estiverem na mesma sede jurisdicional.

A justificativa para a exceção é a de que, nesta hipótese, não existe nenhuma alteração da jurisdição. Ademais, permite-se um melhor equacionamento do volume de trabalho em uma sede administrativa com diferentes Varas atribuídas da mesma competência, o que já ocorre no caso das Varas Federais Comuns, em que o expediente tem surtido bons resultados.

A redação final do verbete seria a seguinte: “É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial”.

Nestes termos, é o que proponho a Vossas Excelências.

Em sendo aprovado, determina-se à Subsecretaria que cumpra o disposto no Art. 108 do Regimento Interno, no sentido de numerar serialmente o enunciado e publicá-lo três vezes no Diário Oficial, em datas próximas, e nos Boletins da Justiça Federal das Seções Judiciárias.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0004680-04.2003.4.03.6111
(2003.61.11.004680-0)

Apelante: MUNICÍPIO DE MARÍLIA - SP E EMPRESA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E HABITACIONAL DE MARÍLIA - EMDURB
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AC 1230774
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. REPASSE DE RECURSOS (ART. 320 DA LEI Nº 9.503/97, E ART. 6º DA LEI Nº 9.602/98). PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES E DE EDUCAÇÃO E SEGURANÇA NO TRÂNSITO. INTERESSE DIFUSO E COLETIVO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CRIAÇÃO DE FUNDOS MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE.

- Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

- O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) estabelece que o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas de trânsito deve ser depositado mensalmente na conta de um fundo destinado à segurança e à educação do trânsito.

- A Lei nº 9.602/98 criou o FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), atribuindo a sua gestão ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e definindo, dentre os seus recursos, o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas de trânsito arrecadadas (conforme o art. 320, da Lei 9.503/97).

- A hipótese dos autos não se trata simplesmente de cobrar valores que não foram repassados ao FUNSET, mas de garantir programas de educação e segurança do trânsito. Trata-se de questão relativa à garantia de direitos fundamentais que pertencem a toda coletividade.

- A questão se submete ao disposto nos incisos III e IV, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública), que regula as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

- Tratando-se da defesa de direitos que pertencem a toda coletividade, exsurge, de forma clara, a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, a quem compete, entre outras funções, zelar pelos interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, a ação civil pública.

- A criação de fundos independe de lei complementar, em face da inexistência de norma constitucional que imponha a criação e a regulamentação de fundos mediante

lei complementar. O inciso II do parágrafo 9º do artigo 165 da CF reserva para lei complementar apenas o estabelecimento das condições para a instituição e funcionamento de fundos.

- A execução de determinada atividade ou serviço público pelo agente delegado deve se dar conforme as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do Poder Delegante. A responsabilidade do Município de Marília é solidária.
- Remessa oficial, tida por interposta, e apelações desprovidas.

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 à remessa oficial, tida por interposta, e aos recursos do Município de Marília e da EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de apelações interpostas pelo MUNICÍPIO DE MARÍLIA e pela EMDURB visando a reforma da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou procedente o pedido para o fim de determinar que as apelantes cumpram a obrigação de fazer consistente em repassar, todos os meses, ao FUNSET, o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados com as multas de trânsito aplicadas pelo Município de Marília e pela EMDURB, bem como fazer o repasse no prazo de 90 (noventa) dias dos valores relativos às competências não transferidas ao FUNSET, devidamente corrigidas e acrescidos de encargos legais.

O Município de Marília, em recurso de apelação, sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade do FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), por ter sido criado por meio de lei ordinária e não por lei complementar, conforme dispõe o artigo 165, § 9º da Constituição Federal. Aduz, ainda, que a Lei Municipal nº 4.453/98 determina que compete à EMDURB multar e arrecadar os valores constantes das multas. Desta forma, não pode ser responsabilizada solidariamente pela obrigação de fazer.

A EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), por sua vez, alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a inexistência de interesse difuso que justifique a ação civil pública, a impossibilidade jurídica do pedido (inconstitucionalidade da FUNSET) e a revisão da multa aplicada na concessão da liminar e mantida na r. sentença.

As contrarrazões foram apresentadas.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento dos recursos interpostos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Observo, de início, que, embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No presente feito, o Ministério Público Federal requer que o MUNICÍPIO DE MARÍLIA e a EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), repassem mensalmente ao FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito) o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados com as multas de trânsito aplicadas pelo Município e pela própria EMDURB.

A liminar foi concedida a fls. 102/104.

Sobre as verbas não comprovadas, concluiu-se, de forma clara, que o Município de Marília e a EMDURB não repassaram ao FUNSET o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados em decorrência de multas de trânsito, à exceção das competências de janeiro a agosto de 2001 e de outubro de 2001 a dezembro de 2002.

Em razão disto, o pedido foi julgado procedente e o Município de Marília e a EMDURB foram condenados a cumprirem a obrigação de fazer constante em repassar para o FUNSET, todos os meses, o percentual de 5% (cinco por cento) dos valores arrecadados com as multas de trânsito, bem como fazer o repasse, no prazo de 90 (noventa) dias, dos valores relativos às competências não repassadas ao Fundo.

A r. sentença ratificou, ainda, que os efeitos da multa diária (fixada na concessão da liminar) permanecerão até o cumprimento efetivo dos deveres estipulados no parágrafo únicos do artigo 320, do Código de Trânsito Brasileiro (lei nº 9.503/97).

O Município de Marília, em recurso de apelação, sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade do FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), por ter sido criado por meio de lei ordinária e não por lei complementar, conforme dispõe o artigo 165, § 9º da Constituição Federal. Aduz, ainda, que a Lei Municipal nº 4.453/98 determina que compete a EMDURB multar e arrecadar os valores constantes das multas, desta forma, não pode ser responsabilizada solidariamente pela obrigação de fazer.

A EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília), por sua vez, alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a inexistência de interesse difuso que justifique a ação civil pública, a impossibilidade jurídica do pedido (inconstitucionalidade da FUNSET) e a revisão da multa aplicada na concessão da liminar e mantida na r. sentença.

A União, responsável por gerir a FUNSET (art. 5º, da Lei nº 9.602/98), ingressou no feito como assistente litisconsorcial e, após a interposição dos recursos, apresentou as contrarrazões.

O Ministério Público Federal firmara acordo com o Município de Marília e a EMDURB, todavia, em razão do não cumprimento de alguns requisitos, o mesmo não foi homologado.

Pois bem.

Passo à análise das alegações invocadas nos apelos do Município de Marília e da EMDURB, sem me ater, entretanto, à ordem em que foram colocadas.

Saliento, de imediato, que a hipótese dos autos não trata simplesmente de cobrar valores que não foram repassados ao FUNSET, mas de garantir programas de educação e segurança do trânsito. Trata-se de questão relativa à garantia de direitos fundamentais que pertencem a

toda coletividade, inscritos nos artigos 5º e 6º, da Constituição Federal (g. n.):

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes

(...)

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

Ademais, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 1º, § 2º, estabelece que “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito”.

Verifica-se, pois, que a questão se submete ao disposto nos incisos III e IV, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública), que regula as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Neste sentido, tratando-se da defesa de direitos que pertencem a toda coletividade, emerge, de forma clara, a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, a quem compete, entre outras funções, zelar pelos interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, a ação civil pública, nos termos do art. 129, II e III, da Constituição Federal, e do art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar nº 75/93 (dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - 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.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

A propósito:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

(...)

3. Agravo regimental não provido.

(STF, Agravo Regimental no AI nº 809018, 1ª Turma, Ministro Dias Toffoli, DJe de 10/10/12)

Ratificada a adequação da via processual eleita (ação civil pública) e a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, passo a enfrentar a questão de inconstitucionalidade do FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), por ter sido criado por meio de lei ordinária e não por lei complementar.

O art. 165, § 9º, II, da Constituição Federal, diz que à lei complementar cabe estabelecer as condições para a instituição e funcionamento dos fundos, a serem observadas na elaboração de lei ordinária que instituir o fundo e estabelecer o seu funcionamento:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

(...)

§ 9º - Cabe à lei complementar:

(...)

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

O dispositivo constitucional citado mostra que compete a lei complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos” e não que compete a lei complementar a instituição ou criação de fundos.

Note-se que a exigência constitucional é que lei complementar estabeleça as condições para a criação de fundos e não a criação do fundo propriamente dito.

Conforme observado pelo Juízo *a quo* (fl. 293), “a criação de fundos independe de lei complementar, em face da inexistência de norma constitucional que imponha a criação e a regulamentação de fundos mediante lei complementar. O inciso II do parágrafo 9º do artigo 165 da CF reserva para lei complementar apenas o estabelecimento das condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

Como não existe lei complementar que estabeleça as condições gerais para o funcionamento e financiamento de fundos públicos, nada obsta que lei ordinária crie novos fundos públicos desde que obedeça a legislação em vigor.

Assim, a lei ordinária que criou o FUNSET não ofendeu a nenhuma norma ou princípio constitucional, não podendo, portanto, ser qualificada de inconstitucional.

Neste sentido, reporto-me aos seguintes julgados:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. TECNOLOGIA. EXIGIBILIDADE.

(...)

4. É equivocada, por dois fundamentos, a proposição de que seria inconstitucional a Lei nº 8.172/91, que restabeleceu o FNDCT, para o qual são destinados os recursos auferidos com a CIDE (artigo 4º da Lei nº 10.168/00), em face do que dispõe o § 9º do artigo 165 da Carta Federal, Primeiramente, tal preceito constitucional não reserva à lei complementar a criação de fundos, mas apenas a fixação das condições para a sua instituição e funcionamento, ou seja, apenas as normas, destinadas a disciplinar a criação das normas concretas, são reservadas ao legislador complementar. Mas, ainda que admitida, por hipótese, a tese da inicial, a exigibilidade da CIDE não seria afetada, pois existe uma relevante autonomia entre as normas tributárias e as orçamentárias, pelo menos para o efeito em questão, mas bastante,

de qualquer modo, para afastar o pedido formulado.

5. Precedentes.

(TRF/3ª Região, AMS nº 241343, Processo 00204816120014036100, Rel. Carlos Muta, 3ª Turma, DJU de 03/03/2006)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. NÃO EXTINÇÃO. (...)

- Não há necessidade de criação de fundo por lei complementar, conforme o art. 165, § 9º da Constituição Federal. Na verdade, o que devem estar previstas são as diretrizes que serão observadas na criação de novos fundos.

(TRF/4ª Região, APELREEX nº 200072000004930, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia, 4ª Turma, D.E. 28/09/2009)

Resta, por derradeiro, examinar o argumento de que o Município de Marília não pode ser responsabilizado solidariamente pela obrigação de fazer consistente no repasse de verbas que não tinha em seu poder.

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB), instituído pela Lei nº 9.503/97, estabeleceu que o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas de trânsito deveria ser depositado mensalmente na conta de um fundo destinado à segurança e à educação do trânsito:

Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

Parágrafo único. O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito.

Posteriormente, a Lei nº 9.602/98 criou o FUNSET (Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito), atribuindo a sua gestão ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e definindo quais seriam os seus recursos:

Art. 5º. A gestão do FUNSET caberá ao Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, conforme o disposto no inciso XII do art. 19 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Art. 6º. Constituem recursos do FUNSET:

I - o percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas, a que se refere o parágrafo único do art. 320 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Consoante informação prestada pelo órgão competente do Departamento Nacional de Trânsito, o Município de Marília, já integrado ao Sistema Nacional de Trânsito, passou a exercer as competências estabelecidas no Código de Trânsito Brasileiro.

Por outro lado, a Lei Municipal nº 4.453/98 autorizou que a EMDURB se apropriasse dos valores lançados e cobrados a título de multas de trânsito, conduta prevista em delegação municipal.

Entretanto, a execução de determinada atividade ou serviço público pelo agente delegado deve se dar conforme as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do Poder Delegante. A responsabilidade do Município de Marília, neste caso, é solidária.

Neste sentido, se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

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 de 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.

(STF, REsp 28.222/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 2ª Turma, DJ de 15/10/2001, p. 253)

Por fim, no tocante ao requerimento de adequação da pena pecuniária fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia, deferida em sede de liminar e confirmada na r. sentença, ressalto que a multa tal qual prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, é meio executivo de coação para cumprimento de obrigações de fazer e, desta forma, não possui “limite”, justamente para constranger o réu ao cumprimento de tal obrigação (STJ, RESP 1006473, Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJE DATA:19/06/2012).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial, tida por interposta, e aos recursos do Município de Marília e da EMDURB (Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional de Marília).

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004922-36.2007.4.03.6106
(2007.61.06.004922-0)

Apelantes: REGINA DE FÁTIMA DOURADO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Apelados: OS MESMOS E UNIÃO FEDERAL
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
 Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
 Classe do Processo: AC 1713217
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. RETENÇÃO DE CARTÕES BOLSA ESCOLA/BOLSA FAMÍLIA. RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO INDEVIDAMENTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

I. Em sede de ação civil pública, a sentença deverá ser submetida ao reexame necessário quando deixar de acolher integralmente a pretensão posta na peça inaugural, à semelhança do que se verifica no manejo da ação popular, aplicando-se por analogia a L. 4.717/65. Precedentes do STJ.

II. Com o objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto, nos termos da L. 8.426/92, impõe-se a constatação, conjunta, de que a prática do ato de improbidade foi consciente, decorrente de conduta antijurídica, associada ao dolo e à má-fé. Precedentes do STJ.

III. A partir do conjunto probatório dos autos, detalhadamente apurado e cotejado, resta efetivamente configurada a prática dos atos de improbidade discriminados na peça inaugural, pois, valendo-se de sua atividade funcional, inseriu elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente o benefício, bem como teve acesso aos cartões e senhas de beneficiários e sacou os valores a eles pertencentes. As referidas condutas foram enquadradas no artigo 10, VII, X e XI e no artigo 11, inciso I e II, ambos da Lei nº 8.429/92.

IV. Face à comprovação das condutas, está configurada a prática de atos de improbidade administrativas, pelo que deve incidir as penalidades insculpidas no artigo 12, inciso II, III, da Lei nº 8.429/92.

V. Assim, mantenho a sentença quanto à condenação de devolução dos valores recebidos indevidamente e a perda do cargo, pelo que deve ser desprovida a apelação da ré, dando-se parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial para determinar a condenação de multa civil no montante de R\$ 2.400,00; a suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA) e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da LIA);

VI. Incabível fixação de honorários advocatícios em razão da interpretação sistemática e isonômica do art. 18 da L. 7.347/85. Precedentes do STJ.

VII. Após o trânsito em julgado, oficie-se à Justiça Eleitoral, relativamente à suspensão dos direitos políticos, ao Banco Central do Brasil para comunicar às instituições financeiras oficiais sobre a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios segundo o CPF da ré e, em derradeiro cumpra-se o disposto no artigo 3º da Resolução nº 44/2007 do CNJ.

VIII. Apelação da ré desprovida. Apelação do Autor e Remessa oficial, tida por submetida, provida em parte.

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 à apelação da ré, e por maioria, dar provimento em parte à apelação do Autor e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencida a Desembargadora Federal Mônica Nobre, que lhes negava provimento.

São Paulo, 06 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de *ação civil pública* ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em 23/05/2007, objetivando o reconhecimento da prática de atos de *improbidade administrativa* por parte de REGINA DE FÁTIMA DOURADO, consoante previsão contida no artigo 10, VII, X, XI, artigo 11, inciso I e II c/c artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92, vez que atuou irregularmente no exercício de sua atividade funcional, nos anos de 2001 a 2004, assim como, valendo-se das facilidades da função, inseriu elementos falsos no cadastro do Programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente benefício.

Com a emenda da inicial (fls. 20/22) requereu a condenação do réu (fls. 21/22), cumulativamente, em 1) ressarcimento integral aos cofres da União da quantia de R\$ 803,00 acrescidos dos juros e correção monetária; 2) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; 3) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano; 4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédios de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos e 5) na condenação de custas e demais ônus de sucumbência.

Atribuído à causa o valor de R\$1.000,00 em maio de 2007.

Narra o autor que as referidas condutas deram ensejo a processo administrativo disciplinar (nº 004/2005) o qual culminou com a demissão da funcionária em 22/08/2005. Narra, ainda, que a ré aproveitando-se de sua função pública e da responsabilidade que lhe havia sido delegada para cadastrar pessoas no programa Bolsa Escola/Bolsa família, reteve consigo os cartões de diversos beneficiários e sacou indevidamente alguns benefícios, bem como que se cadastrou no Programa Bolsa Família e Auxílio Gás, inserindo declarações falsas, e recebeu indevidamente o benefício.

O procedimento administrativo que culminou com a demissão da ré foi encaminhado ao MPF e encontra-se apensado ao presente feito. Foi instaurado procedimento de investigação

nº 1.34.015.000935/2005-14, (fls. 453, do apenso, vol. II).

Determinada a notificação do réu nos termos do artigo 17, § 7º, da LIA e da União para os fins do artigo 17, § 3º, do mesmo diploma (fl. 23).

Às fls. 24/27 o autor apresentou comprovantes do pagamento referentes aos meses de agosto e setembro de 2002, fornecidos pela CEF, quando informou também que os demais pagamentos foram efetuados através de Cartão Magnético, não tendo recibos assinados pela beneficiária.

A requerida apresentou manifestação às fls. 79/85. Preliminarmente, aduziu ilegitimidade de parte, vez que se tratando de ação em que pede o ressarcimento de dano econômico ao patrimônio público, cabe a Ação Popular para qual o Ministério Público não possui legitimidade ativa. Quanto aos fatos, sustentou tratar as acusações de mera conjectura e que a requerida era apenas a digitadora para a inclusão da população carente de Cajobi/SP nos Programas Sociais distribuídos pelo Governo Federal.

Assegura que o único contato mantido com os beneficiários ocorria quando os acompanhavam até a Caixa Econômica Federal, quando necessário, ou por ocasião da entrega de seus cartões, quando sempre estava acompanhada por algum funcionário da CEF. Assevera que nessas oportunidades quem fazia a entrega era o funcionário da Caixa e ainda assim sempre esteve acompanhada do motorista da Prefeitura, Sr. Wilson de Souza Safra, bem como que era uma simples funcionária cumpridora de ordem, principalmente da Assistente Social. Aduz que o benefício foi por ela percebido porque reunia todos os requisitos para a concessão do benefício e que em razão da perseguição que vem sofrendo do atual mandatário, por conta própria deixou de receber o benefício que tinha direito. Pugnou pelo acatamento das preliminares e, sucessivamente, pela improcedência da ação. Apresentou rol de testemunhas e formulou pedido de justiça gratuita.

O MPF apresentou réplica à contestação às fls. 96/99 defendendo sua a legitimidade ativa e, no mérito, a procedência do feito.

Em manifestação de fls. 102/105 a União requereu a concessão de prazo para se manifestar sobre seu ingresso na lide, pois depende de prévia e expressa autorização do Procurador-Regional da União (Ordem de Serviço nº 27 de 29/05/2007).

Às fls. 106/110, o magistrado *a quo* afastou a matéria preliminar de ilegitimidade e determinou as partes que especificassem as provas que pretendiam produzir.

O MPF requereu às fls. 111/112 a oitiva das testemunhas de acusação arroladas na inicial e a realização de perícia contábil. Por fim, observa que a ação não objetiva apenas o ressarcimento ao erário público, mas também requer a condenação da responsável nos termos dos artigos 10, VII, X e XI; 11, I e II c/c artigo 12, II e III da Lei 8.429/92.

Por seu turno, a ré requereu (fls. 114/115) produção de prova testemunhal, bem como prova pericial.

Às fls. 119/120 a União Federal requereu o ingresso no feito na qualidade de assistente litisconsorcial, o que foi deferido (fls. 131).

Às fls. 121 foi determinado que a ré especificasse em dez dias qual prova pretende produzir, sob pena de preclusão. Às fls. 130 o MM. Juízo declarou preclusa a oportunidade para a realização da prova pericial requerida pela ré e indeferiu a produção de prova pericial requerida pelo o autor.

A testemunha Mauro José Cavalleti, indicada pela ré, foi ouvida às fls. 162/164 nos autos da carta precatória nº 2008.61.05.011790-7. A oitiva da testemunha Wilson de Souza Safra foi

dispensado, ante o não comparecimento do Patrono da ré (fls. 177/188).

Às fls. 193/197 foram ouvidas as testemunhas Tereza Magali Gil Ferreira (testemunha do autor); Angela Maria Bottino Geraldo da Costa (testemunha comum) e Gustavo Sebastião da Costa (testemunha da ré) - Carta precatória nº 400.01.2008.009481-0/000000-000 (fls. 149/198).

As. Fls. 214/232 o MPF apresentou alegações finais. Argui questão de ordem para requerer que a manifestação de fls. 79/80 fosse recebida como contestação, haja vista que a mesma se tratou de mérito. Assim não entendendo seja a ré citada para apresentar contestação.

A União apresentou alegações finais às fls. 238/246.

A ré por seu turno apresentou alegações finais (fls. 250/260), pleiteando a nulidade do procedimento em razão da ausência de citação para apresentar contestação a que alude o § 9º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92. No ponto, assevera que a inobservância do preceito aludido gera prejuízo para defesa e que tal prejuízo é presumível. No mérito, requer a improcedência do pedido.

Conclusos os autos, sobreveio sentença que afastou a preliminar de nulidade por ausência de prejuízo e julgou *procedente em parte o pedido*, condenando a ré a devolver a União os R\$ 800,00 recebidos indevidamente, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Decretou também a perda do cargo público, por ela ocupado. Por considerar a pouca extensão do dano, bem como as circunstâncias do caso concreto deixou de aplicar outras penas, dentre as previstas. Fixou a sucumbência recíproca. Custas e despesas processuais *ex lege*.

A ré apresentou apelação (fls. 280/285). Aduziu que não se sente culpada e espera provimento do presente recurso. Isso porque as acusações lançadas contra a apelante são frágeis e insustentáveis não podendo servir de embasamento para a condenação imposta. Assevera que em momento algum a Apelante atuou irregularmente em sua atividade profissional para valer-se das facilidades de sua função. Alega que a Assistente Social Magali era a única responsável pelo preenchimento dos cadastros sendo ainda a pessoa que os avaliavam e a orientava, o que comprova ser a ré inocente. Todas as testemunhas foram seguras ao afirmar que a Apelante reside em cômodo cedido pelos pais. Nenhuma prova fora produzida no sentido de que teria sido a recorrente quem preencheria os campos constantes nas guias de admissão dos beneficiários do Bolsa Escola. Quanto à entrega dos cartões e respectivas senhas foram entregues na Câmara Municipal, onde beneficiários compareceram em data agendada, bem como que os saques somente poderiam ser feitos pelos próprios beneficiários. Pede sua absolvição e a recondução ao cargo de funcionária pública municipal antes ocupado.

O MPF, por seu turno, requer a condenação da ré pela retenção de cartões de diversos beneficiários do programa Bolsa Escola/Bolsa Família e violação de sigilo de suas senhas, para recebimento dos benefícios em lugar dos seus legítimos titulares. Requer, ainda, que sejam aplicadas todas as sanções previstas no art. 12, incisos II e III, da Lei 8.429/92, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica. Alternativamente, mantida a sentença, seja feita a readequação da dosimetria condenando a ré também ao pagamento da multa civil, na forma do art. 12, III, fixada, observado o princípio da proporcionalidade.

Com contrarrazões do MPF (fls. 303/309v) e da União (fls. 313/316), refutando os argumentos das razões recursais da ré e pleiteando a negativa de provimento ao apelo e manutenção da sentença, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 319/323v, no sentido do desprovimento do recurso da ré e de provimento do recurso do autor.

É o relatório. À Doutra revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Ab initio, registre-se a sentença estar submetida ao *reexame necessário*, à semelhança do que se verifica no manejo da ação popular, consoante a jurisprudência assente do C. Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se por analogia a Lei nº 4.717/65, a qual prevê, em seu artigo 19, que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição”. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido. (AGREsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, v.u., DJe 25/04/2011).

Nesse passo, constado expressamente da inicial o pedido do Ministério Público Federal no sentido de ser a requerida condenada a: 1) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; 2) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano e 3) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédios de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos (fl. 21/22), não tendo este sido contemplado pelo *decisum* recorrido, de rigor submeter o provimento ao duplo grau obrigatório.

A ação civil pública é instrumento processual de defesa da tutela coletiva, consistindo a Lei nº 7.347/65 em conjunto de diretrizes processuais e procedimentais a dar supedâneo a tal proteção, complementadas pela Lei Adjetiva Civil, as quais devem ser somadas às normas materialmente protetivas dos direitos difusos e coletivos, tutela patrimonial e moral, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da legislação de proteção ao meio ambiente e à probidade administrativa, dentre outras.

A ação civil pública tem índole constitucional, e representa um dos mais legítimos instrumentos processuais do ordenamento jurídico brasileiro, destinado à efetivação da justiça social. Mais do que um conjunto de técnicas processuais, a Lei 7.347/85 consagra o resgate e esperança de uma justiça mais digna, mais próxima possível dos anseios da população brasileira. (Marcelo Abelha Rodrigues, *in* Ações Constitucionais, A Ação Civil Pública, Organizador Fredie Didier Jr, Ed. Jus Podivm, 5ª edição, 2011)

Tal via processual, entretanto, não constitui “remédio para todos e quaisquer problemas da sociedade contemporânea”, pois não se pode através de seu ajuizamento pretender minar o sistema político, jurídico e institucional, sob pena de serem inclusive violados os preceitos

fundamentais do processo civil brasileiro, condizentes com a liberdade assegurada em âmbito da Lei Maior, os quais contemplam como regra geral a ação individual (Meirelles, Hely Lopes; Mendes, Gilmar Ferreira; Wald, Arnaldo. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. Malheiros Editores. 34^a Ed. 2011).

Especificamente quanto à *ação civil pública por ato ímprobo*, impende discorrer acerca da tipicidade na Lei de Improbidade Administrativa.

A edição da Lei nº 8.429/92 partiu da necessidade de se combater a corrupção e a malversação dos recursos públicos. Com base em tal concepção, o legislador elaborou um conjunto de normas que dita, embora em abstrato, um conteúdo de intenso rigor, visando orientar o julgador diante da amplíssima gama de condutas dos agentes públicos suscetíveis de reprovação.

Não obstante ser uma norma aberta, porquanto defina apenas os tipos de improbidade (artigo 9º: atos que importam em enriquecimento ilícito; artigo 10: atos que causam prejuízo ao erário; artigo 11: atos que afrontam os princípios da administração pública), é essencial a presença de um elemento para o manejo das ações por improbidade, o dolo, pois a exegese legal demanda a prova da prática de ato ilícito doloso, caracterizado pela conduta consciente e intencional.

O objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto, bem como o particular que com ele atua, impõe a constatação, conjunta, de que a prática do ato de improbidade foi consciente, decorrente de uma conduta antijurídica, associada ao dolo e à má-fé. Sem a prova robusta desse comportamento, não se pode falar em improbidade administrativa.

No entanto, uma vez ser impossível adentrar o psiquismo do agente, o elemento subjetivo deve ser aferido de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e.g., considerando se o agente tinha conhecimento do fato e das consequências de suas ações, qual a responsabilidade demandada pela função por ele ocupada e o nível de discernimento para tal exercício exigido, sendo que do cotejo desse conjunto advirão as balizas para o convencimento do julgador acerca da consciência do agente quanto à conduta ímproba.

Feitas tais ponderações, *passo ao exame do caso dos autos*, analisando, inicialmente, a coexistência dos pressupostos processuais de desenvolvimento válido do processo, especialmente no que toca ao preenchimento dos requisitos preconizados no art. 17, §§ 7^a e 9º da Lei 8.429/92, matéria não arguida pela defesa nessa sede recursal, mas de ofício cognoscível.

Observe que, tendo em vista a qualidade de funcionário público à época em que ocorreram os fatos, a requerida foi notificada para apresentar manifestação nos termos do art. 17, § 7º da Lei 8.429/92.

Às fls. 79/87 a requerida apresentou manifestação em que alega a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público e que, no mérito, ação é improcedente, vez que nenhuma “atitude ilícita cometeu a requerida que pudesse atribuir-lhe a prática de atos ilícitos”.

Às fls. 106 o MM. Juízo *a quo* afastou a preliminar arguida em “contestação” por entender que o Ministério Público detém legitimidade ativa para a propositura de ação e determinou que as partes especificassem as provas que pretendessem produzir, justificando-as.

Inferre-se da decisão proferida que a dita manifestação fora recebida como se contestação fosse. Não havendo recurso da r. decisão, seguiu-se a presente ação pelo rito ordinário, consoante previsto no art. 17, *caput*, do citado diploma legal.

Em sede das alegações finais, o Ministério Público Federal, em questão de ordem, requereu a citação da ré para apresentar a contestação, ou, assim não entendendo, recebesse a manifestação como contestação. Por seu turno, a ré argui a nulidade por ausência de citação,

consoante preconizado no artigo 17, § 9º, da Lei 8.429/92. Ao seu entender o prejuízo decorrente da ausência de contestação é presumido.

O juiz sentenciante afastou a nulidade por entender que não estar demonstrado qualquer prejuízo para o exercício da defesa da requerida, que compareceu ao processo, apresentou defesa técnica e tomou conhecimento de todo o procedimento deste o início, a despeito de não ter sido formalmente citada.

Há entendimento em nossa jurisprudência, também no tocante à ação de improbidade administrativa, quanto à aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*. No caso dos autos, notificada à ré para se manifestar sobre a improbidade administrativa, apresentou-a como se contestação fosse, adentrando em mérito, afirmando ter praticado o ato mencionado, opondo que o fez por entender ter direito aos valores dos quais se apoderou, porque preenchia os requisitos legais do benefício. Demonstrou aquiescência, processualmente, em todos os atos processuais posteriores.

Neste sentido, quando o Ministério Público apresenta réplica à contestação (fls. 96) e, bem assim, quando o juízo *a quo* (fls. 106) “aprecia a preliminar arguida na contestação”, nada opôs ou recorreu.

Deste modo, interpreto que o requisito inobservado foi justamente o previsto no art. 17, § 7º, da LIA. E, quanto ao referido requisito, o entendimento sedimentado é no sentido da necessidade de demonstração de prejuízo para declaração da nulidade, como se vê:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE NÃO DECLARADA. QUESTÃO PRECLUSA COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ARTIGOS DE LEI NÃO PREQUESTIONADOS, OS QUAIS, ADEMAIS, NÃO GUARDAM PERTINÊNCIA COM O TEMA. SÚMULAS Nº 211 DO STJ E Nº 283 E 284 DO STF.

1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, em ação civil pública na qual se apuram atos de improbidade administrativa, a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/1992, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1225295/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 06/12/2011; REsp 1233629/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2011; REsp 1184973/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/10/2010; REsp 1134461/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 12/08/2010.

2. Ademais, tendo havido sentença condenatória, esvazia-se a tese de que seria necessária a observância da fase preliminar de defesa, em razão de possível e eventual prejuízo, uma vez que esta tão somente tem a finalidade de evitar a propositura de ações temerárias. A respeito, dentre outros: STF, HC 111711, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-238; HC 89.517/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 115520, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-095.

3. Com relação à ausência de intimação pessoal da sentença condenatória, convém registrar que o Tribunal de origem externou o entendimento de que “não há qualquer previsão na norma instrumental civil sobre tal necessidade” (fl. 203). Nesse contexto, além de não se observar o prequestionamento dos artigos 261 e 392 do CPP e do art. 20 da Lei nº 8.429/1992 (Súmula nº 211 do STJ), nota-se que referidos dispositivos dizem respeito à necessidade de intimação de réu em ação de improbidade (Súmulas nº 283 e nº 284 do STF).

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1101585/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 25/04/2014).

Aqui, tendo em conta que nenhum prejuízo à defesa houve a ré por demonstrar, até porque a dilação probatória teve normal andamento, deferindo-se todas as provas requeridas, não vislumbro fundamento para anular o processamento, notadamente porque findou a ação penal e o processo administrativo, com sanções. A reiteração de todo o processado não trará qualquer alteração nos fatos apurados.

Ante tais ponderações, quanto à preliminar de nulidade, rejeito-a, por ausência de qualquer prejuízo suportado pela ré.

Passo ao exame dos fatos.

Objetiva esta ação civil pública o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa por parte de *Regina de Fátima Dourado*, pois, valendo-se de seu cargo, no exercício de sua atividade funcional: inseriu elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, obtendo ilegalmente o benefício para si e, em tendo acesso aos cartões e senhas de beneficiários da bolsa família, deles se apoderou para sacar os valores pertencentes a terceiros beneficiários em cujo nome estava o cartão.

As referidas condutas foram enquadradas no artigo 10, VII, X, XI e no artigo 11, inciso I e II, ambos da Lei nº 8.429/92 (fls. 14), *verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

...

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

...

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Em razão de tais práticas, postulou o autor a aplicação cumulativa ao réu das penalidades previstas no artigo 12, II e III, da LIA (fl. 12), quais sejam, 1) ressarcimento integral aos cofres da União da quantia de R\$ 803,00 acrescidos dos juros e correção monetária; 2) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; 3) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do dano; 4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédios de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos; 5) a condenação de custas e demais ônus de sucumbência.

A *sentença recorrida*, e ora submetida ao reexame necessário, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a improbidade administrativa pela obtenção do benefício falseando dados (art. 11, I, da Lei 8.429/92) e condenou a ré a devolver os R\$ 800,00 e a perda do cargo ocupado pela ré. Fixou a sucumbência recíproca.

A partir das premissas inicialmente consignadas, compulsando detidamente os elementos constantes dos autos, com o fito de formar claro convencimento acerca das ações descritas, analiso pormenorizadamente a conduta, cotejando as provas que instruem o processo, conforme segue.

A investigação no âmbito administrativo pelo MPF foi deflagrada em razão de representação da Prefeitura Municipal de Cajobi/SP, que resultou no procedimento de nº 1.34.015.000935/2005-14, (fls. 453, do apenso, vol. II).

Relativamente a tal contexto, sustentou a requerida em sua defesa que era apenas a digitadora para a inclusão da população carente de Cajobi/SP, nos Programas Sociais distribuídos pelo Governo Federal.

Assegura que o único contato mantido com os beneficiários ocorria quando os acompanhavam até a Caixa Econômica Federal, quando necessário, ou por ocasião da entrega de seus cartões, quando sempre esteve acompanhada por algum funcionário da CEF, na maioria das vezes pelo gerente Sr. Mario José Caveletti, que fazia a entrega pessoalmente dos cartões, diretamente aos seus titulares e beneficiários. Assevera que nessas ocasiões sempre era acompanhada pelo motorista da Prefeitura, Sr. Wilson de Souza Safra e, era uma simples funcionária cumpridora de ordem, principalmente da Assistente Social. Que tentam politicamente a atingir, porque sempre apoiou o prefeito anterior e é politicamente contrária ao atual mandatário.

Aduz que o benefício foi por ela percebido porque reunia todos os requisitos para o recebimento da concessão do benefício, contudo, em razão da perseguição do atual mandatário (Prefeito), deixou de receber o benefício que tinha direito, mesmo tendo sido convocada pela assistente social em duas oportunidades para o cadastramento (em março de 2005 e a segunda em maio de 2006). Por isso, afirma que não é crível que tenha recebido os benefícios sociais de janeiro de 2004 a agosto de 2005, assim como após a sua demissão até novembro de 2006. Que seria obrigação da Assistente Social cancelar e desligar do programa, automaticamente, a requerida, já que não atendera as convocações.

Extrai-se da prova documental produzida os fatos ora narrados terem sido objeto de:

a) *Processo Administrativo Disciplinar nº 004/2005*, o qual culminou na aplicação da penalidade de demissão (incursos nos incisos IV, IX, XIII, XVI, L, LII do art. 241 do Estatuto dos Funcionários Públicos de Cajobi);

b) *Representação nº 1.34.015.000935/2005-14*, onde foi realizada oitiva da requerida e diligências, tais como ofício a Caixa Econômica Federal e ao Delegado de Polícia Federal (fls. 491 do procedimento apenso) para fins de apuração de suposto crime de estelionato.

c) *Ação penal nº 00013507220074036106* na qual a requerida foi condenada como incurso no art. 171, § 3º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão (Condenação transitada em julgado e os autos baixados à origem).

O procedimento administrativo disciplinar (Portaria nº 1986/2005) foi desencadeado a partir do requerimento do Sr. Pedro Paulo Firmino que noticiava seu cadastro há mais de 02 anos no programa bolsa escola, sendo que o cartão se encontrava na posse da ré e que nenhum pagamento teria sido a ele repassado, bem assim pelas informações prestadas pela servidora que sucedeu a ré (Sra. Teresa Magali Gil Ferreira), no sentido de que outras reclamações davam conta da existência de irregularidades na concessão dos benefícios.

Às fls. 46/52 do apenso (vol. I) foi juntado o formulário do Cadastro Único para Programas Sociais em que constam os dados da requerida entre eles a declaração de residência e o valor da remuneração.

Às fls. 81/80, vol. I, do procedimento administrativo apenso consta termo de juntada de cartões dos programas Bolsa Escola, em nome de Neide Aparecida da Silva e de Cartão Cidadão em nome de Maria de Fátima Ermenegilda e, ainda, declaração da Sra. Neide Aparecida, informando que o Cartão teria sido retido pela Sra. Regina.

Às fls. 185/189 consta notícia de cadastramento dos beneficiários do Programa Bolsa Família com as seguintes informações:

1. Beneficiária Eliana Aparecida de Souza Agrela Nocete foi cadastrada no Programa e que “nunca recebeu cartão magnético em sua residência para que pudesse receber o benefício, porém relatou que recebeu até dezembro/2004, através das mãos da servidora Regina de Fátima Dourado, após ter feito reclamação na prefeitura de que há 06 (seis) meses não recebia o benefício e que, iria tomar providências cabíveis, denunciando a irregularidade aos órgãos competentes, caso o pagamento não fosse regularizado. Após isso, o Sr. Mauro, funcionário da Caixa Federal de Monte Azul/SP e a servidora Regina, compareceram a sua residência e efetuaram o pagamento do benefício”.

2. Beneficiária Luzia de Fátima Castadelli. “que cadastrou-se no Programa Bolsa Família em 08.05.2002, porém não recebeu o cartão magnético em sua residência, para que pudesse receber o benefício. Afirmou que a Servidora Regina de Fátima Dourado era quem fazia os pagamentos em dinheiro em sua residência, durante dois anos aproximadamente, onde assinou um papel para a referida servidora como se tivesse recebido o cartão magnético.”

3. “A beneficiária Vanilda Alves de Almeida em entrevista nos informou que recebeu o cartão magnético do programa do governo federal através da funcionária Regina, tendo ainda declarado que recebeu o primeiro pagamento de R\$ 15,00 (quinze reais) em dinheiro em sua casa da servidora Regina de Fátima Dourado”.

4. “A beneficiária Josefa das Dores da Silva Baltazar nos informou que recebeu o dinheiro do programa em casa através da servidora municipal Regina de Fátima Dourado até que recebesse o cartão magnético.”

Às fls. 190/269 (procedimento apenso) foram juntados cadastros de beneficiários em que consta a requerida como entrevistadora de vários beneficiários dos programas assistenciais.

Às fls. 276 do procedimento administrativo consta oitiva da beneficiária Eliana Aparecida de Souza Agrela em que afirma “(...) que soube da vinda de um cartão e que o mesmo não lhe foi entregue pois constava no mesmo o nome de solteira e que na agência da Caixa Federal de Monte Azul Paulista foi feita nova documentação para um novo cartão no ano de 2001, que sempre recebeu o valor referente ao bolsa escola e ao bolsa gás, que recebia em sua residência os valores referentes ao programa, que recebia das mãos da Srta. Regina de Fátima Dourado. que houve vários atrasos no recebimento (...)”.

Às fls. 544/546 da Representação nº 1.34.015.000935/2005-14 (vol. II do apenso) realizou-se a oitiva da Secretária da Educação à época dos fatos narrados a Sra. Ângela Maria Bottina Geraldo da Costa e afirmou que “(...) passou a exercer a atividade junto à Secretaria da Educação, logo que saiu a unificação do programa, passando a efetuar a digitação do cadastramento do Bolsa Família pela internet. Que foi Regina de Fátima Dourado a única funcionária da Secretária de Educação que recebeu treinamento da Caixa Econômica Federal para operar o sistema ‘conectividade’ e, portanto, era a única que sabia alimentar o banco de dados”. Afirmou, ainda, “(...) que a funcionária em questão, por vezes, acompanhou os beneficiários até a Caixa Econômica Federal em Monte Azul mas, que sabia, jamais intermediou o recebimento de valores ou mesmo reteve quaisquer cartões”.

Às fls. 569/668 do procedimento administrativo foram juntadas planilhas fornecidas pela CEF de pagamento aos beneficiários.

Às fls. 673 da Representação nº 1.34.015.000935/2005-14 (vol. II do apenso) foi instaurado novo expediente para apurar a responsabilidade da CEF no período compreendido entre 2001 e 2004.

No bojo da presente ação foram ouvidas as testemunhas Mauro José Cavalleti, indicado pela ré foi ouvida às fls. 162/164 nos autos da carta precatória nº 2008.61.05.011790-7. As testemunhas Tereza Magali Gil Ferreira (testemunha do autor); Angela Maria Bottino Geraldo da Costa (testemunha comum) e Gustavo Sebastião da Costa (testemunha da ré) - Carta precatória nº 400.01.2008.009481-0/000000-000 (fls. 149/198).

Consta a oitiva de Mauro José Cavalleti (fls. 162/164), Gerente Geral da CEF à época dos fatos. Na oportunidade, afirmou que “(...) tanto a Sra. Ângela quanto a ré receberam orientações da CEF de como preencher os formulários e cadastros para habilitar as pessoas para o pagamento do benefício; que, no início os pagamentos eram efetuados com guias individuais manuais; que esse sistema se deu por aproximadamente três meses; que as guias eram emitidas pela Caixa e entregues também pela Caixa diretamente a cada beneficiário, após a identificação; que, no mesmo momento, era feito o pagamento do benefício, mediante recibo do beneficiário”. Disse, ainda, que “(...) que tem conhecimento de que a ré estava cadastrada e recebia o bolsa família; que desconhece que a ré tenha recebido treinamento para operar sistema da Caixa, ou ainda o sistema conectividade, ou mesmo que os tenha operado; que acha muito difícil isso ter acontecimento; que o sistema conectividade é muito recente; que somente os funcionários da Caixa têm acesso aos sistemas da Caixa; que sabe que Prefeitura acessava diretamente os sistema cadastro único de benefícios e que, em Cajobi, a responsável era a Sra. Ângela”.

A testemunha Tereza Magali Gil Ferreira (fls. 193/194) afirma que “(...) havia uma senhora que recebia o benefício e faleceu de câncer, deixando filhos, a tia dessas crianças sempre me questionava sobre o benefício, o cartão, eu não sabia responder por que não tinha acesso, já que o programa só existia no Departamento da Educação; eu não tinha acesso. A Regina tinha a senha. Quando houve a mudança de governo essa senhora foi novamente questionar porque o cartão dela não vinha. Eu mesma entrei no portal da Transparência e constatei que essa família já estava recebendo o benefício, pelo menos constava nesse portal. Chamei um responsável por esta parte e expliquei o ocorrido. Chamei a Regina e perguntei por que esse cartão não vinha; a Regina Admitiu que estava com ela. Aí assumiram tudo, montaram um processo interno, eu fui testemunha; (...)”. Quanto ao benefício recebido pela ré disse que “(...) não sabia que a ré recebia Bolsa Escola; só fiquei sabendo a partir do momento em que fizeram aquele interno e apuraram que ela estava recebendo o benefício. Encaminhei a ficha dela, acho que ao Ministério Público de Rio Preto; a ficha dela também estava incompleta e não foi preenchida pelo assistente social. As informações também estavam erradas, por exemplo, o salário era inferior ao que ela ganhava, não constava que era ela funcionária pública, ela morava com os pais e na ficha constava que morava sozinha, com uma filha (...)”.

Ângela Maria Bottino Geraldo da Costa em oitiva realizado em juízo (fls. 195/196) afirmou que “(...) acredito que ela recebia os requisitos para o benefício... A Regina era chefe de seção da Secretaria da Educação; não era minha secretária. Era cargo em comissão; ela era concursada como escriturária, mas foi nomeada em comissão para esse cargo de chefia... A Regina morava com os pais dela, nos fundos da casa. Ela também fez parte do primeiro grupo que cadastrou as famílias no programa”.

Gustavo Sebastião da Costa, Prefeito à época dos fatos, em sua oitiva (fls. 197) afirmou

que “(...) Era a própria Caixa que entregava os cartões e as senhas para os beneficiários. Na primeira remessa, houve uma solenidade na Câmara. Depois, não sei qual era o meio utilizado pela Caixa para entregar esses cartões. A entrega nunca foi feita por intermédio de Regina, sempre por intermédio da Caixa, inclusive as senhas. Não soube se ela alguma vez, reteve algum cartão de beneficiário. Não sei era inscrita no programa. Ela morava no fundo da casa dos pais”.

Observo que os depoimentos tomados no bojo do procedimento administrativo são fortes a atestar que a ré recebeu indevidamente o benefício, à toda evidência, valendo-se das facilidades que detinha com a função que ocupava.

Ela mesma recebera a incumbência de realizar os cadastros dos beneficiários do programa social que seria posteriormente examinado pelo Assistente Social, quando avaliaria o preenchimento dos requisitos para fazer jus ao benefício.

Inesquecível que a ré inseria elementos falsos no cadastro do programa Bolsa Escola, apossava-se dos cartões que chegavam para os beneficiários, usurpando e extorquindo o direito dos beneficiários, apoderando-se dos valores.

Reitere-se o depoimento da testemunha Tereza Magali Gil Ferreira (fls. 193/194) ao revelar: que, uma senhora que recebia o benefício e faleceu de câncer, deixara filhos e, a tia dessas crianças sempre lhe questionava sobre o benefício, sobre o cartão e, nada sabia informar porque à época não tinha acesso ao sistema (a ré o tinha); que quando houve a mudança de prefeito e a tia voltou a questionar porque o cartão não vinha, entrou no portal da Transparência e constatou estava o benefício sendo pago à família. Ou seja, durante não se sabe quanto tempo a ré recebeu indevidamente, montantes que se destinavam às crianças carentes.

Na verdade, do fato acima reiterado, é que desencadeou toda a apuração. De tudo a ré assumiu culpa.

Nesse ponto, é possível inferir duas condutas dissonantes da ré.

De um lado, vilã, porque agia com extrema frieza e insensibilidade, ao inserir dados falsos no sistema de distribuição, apropriando-se dos cartões de saque da bolsa-família, cuja destinação é exatamente prover as famílias de crianças carentes e necessitadas.

De outro lado, estranhamento passou a procurar os beneficiários em suas casas, como constam de depoimentos, repassando montantes (não se sabe da equivalência aos valores reais), dos quais ela houvera se apropriado ilegalmente.

Extraí-se dos autos, tanto pelo formulário juntado às fls. 46/42, quanto pelo contundente depoimento de Tereza Magali Gil Ferreira, é que, deveras, a requerida preencheu o formulário em seu benefício com dados falsos, ou mesmo omitindo informação relevante, como sua profissão.

Nenhuma das alegações postas pela ré no decorrer processual se verificou comprovada ou tem força suficiente para ilidir a prova robusta produzida em seu desfavor, verificando-se, inclusive, ter havido o reconhecimento da prática dolosa da conduta objeto da presente lide no âmbito criminal e administrativo, restando devidamente demonstrado ter-se dado a atuação da requerida de modo consciente e deliberado, com o fito de receber benefício que não fazia jus. Cite-se, nesse sentido, trecho do Voto de relatoria do Desembargador Federal Luiz Stefanini no bojo da referida ação penal:

(...) Regina disse em seu depoimento que não recebeu valores do bolsa-família de terceiros, mas admitiu que se cadastrou indevidamente com renda mensal inferior à percebida para perceber o benefício.

...

Passo ao exame do mérito do recurso, em relação às condutas remanescentes e tenho que a sentença condenatória há de ser mantida, porque restou provado que a ré, por meio de atos fraudulentos, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo do programas sociais do governo federal, através da prática do crime de estelionato qualificado.

A materialidade delitiva está comprovada pela farta prova documental constante dos autos, nos volumes 1 a 3 da ação penal.

Apurou-se que, para a obtenção dos benefícios a acusada declarou que morava somente com sua filha, através de quem receberia o bolsa-escola, quando, na verdade morava com os pais, bem como declarou, também falsamente, auferir a renda mensal de R\$180,00 (cento e oitenta reais), remuneração aquém da quantia real, dados tidos como requisitos legais para a inscrição no cadastramento único para programas sociais.

As declarações inverídicas estão comprovadas pelo relatório da ficha cadastral de Regina de Fátima Dourado (fls. 35), o cadastramento único para programas sociais do governo federal (fls. 50/52, a relação financeira da acusada entre os períodos de 03/1997 e 02/2005 (fls. 64/73) e o certificado emitido pela prefeitura que discrimina o quadro de pessoas cadastradas no programa bolsa-família (fls. 403). Há ainda o ofício expedido pela Caixa Econômica Federal a comprovar que a acusada recebeu, no período de 1º/8/2002 a 30/11/2004 parcelas do bolsa-escola e auxílio-gás e parcelas mensais do bolsa-família, no período de 1º/12/2004 a 30/11/2006 (fls. 510) restando demonstrada, de forma indubitável, a materialidade do delito.

Os depoimentos apresentados pelo Ex-Prefeito e sua esposa não infirmam as provas produzidas, visto que se limitam a incompreensível intelecção, consoante disse a depoente Sra. Ângela Maria, então Secretária da Educação e chefe da requerida, de que acreditava que a ré preencheria os requisitos necessários para a concessão do benefício, ou, como afirma o Ex-Prefeito que a requerida morava nos fundos da casa dos pais e desconhecia se recebia o benefício.

Já quanto à retenção de cartões magnéticos de titularidade de beneficiários do Programa Assistencial, observa-se do depoimento das vítimas que restou devidamente comprovado que a ré retinha os cartões magnéticos.

Nessa quadra, foi atestado também no bojo da referida ação penal que,

(...) Ainda de acordo com as cópias do procedimento administrativo, a acusada ficava na posse dos cartões magnéticos dos beneficiários e das respectivas senhas, com os quais levantava os valores, o que resultou na pena de demissão do cargo de escrevente que exercia junto à Prefeitura do Município de Cajobi/SP (fls. 4/486).

Dos autos do procedimento administrativo que instruiu a presente ação, quando foi submetido ao crivo do contraditório, verificou-se pelo depoimento dos beneficiários: Eliana Aparecida de Souza Agrela Nocete, Luzia de Fátima Castadelli, Vanilda Alves de Almeida e Josefa das Dores da Silva que constituía procedimento rotineiro a percepção de benefícios pagos diretamente pela Requerida, o que, só por só, já ressaí conduta não recepcionada pelas regras impostas para o pagamento do benefício. Nesse sentido, não se poderia excogitar de mera irregularidade, mas de prática vedada, porque vulnera a segurança dos beneficiários, e resultam prejuízos decorrentes de desvios e atrasos injustificados.

Por outro giro, é de se registrar que resta assente na jurisprudência e doutrina pátrias a independência entre as esferas penal, civil e administrativa, inclusive para fins de caracterização do dolo ou da intenção de fraude, vedando-se a uma esfera adentrar a discricionariedade da outra, dada a autonomia entre a configuração de tais ilícitos.

No entanto, daí não decorre dever ser desconsiderada a repercussão entre tais esferas, à vista inclusive da correlação entre elas nas situações elencadas pela lei, a exemplo do disposto no artigo 935 do CC: “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Nesse diapasão, observo que a materialidade das condutas, ora examinadas, foram atestadas em de ação penal, bem assim a autoria restou incontestada. Vejamos:

PENAL - ESTELIONATO CONTRA ENTIDADE PÚBLICA - RECEBIMENTO INDEVIDO, MEDIANTE FRAUDE, DE PROGRAMA ASSISTENCIAL DO GOVERNO - PRESCRIÇÃO PARCIAL - FATOS REMANESCENTES NÃO ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO - COMPROVAÇÃO - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Segundo informação prestada pela Caixa Econômica Federal através de ofício e os documentos que o acompanham, a acusada recebeu parcelas mensais do bolsa-escola e auxílio-gás nos valores de R\$ 15,00 e R\$ 7,50 cada, de 01 de dezembro de 2004 a 30 de novembro de 2006 e auxílio bolsa-família razão pela qual foi denunciada como incurso no art. 171, § 3º, c.c. art. 71, ambos do Código Penal.

2. O ofício expedido pela agência da Caixa Econômica Federal de Monte Azul Paulista/SP discrimina o recebimento das parcelas mensais de Bolsa-Escola no período de agosto de 2002 a novembro de 2004, nos valores de R\$15,00 (quinze reais) e R\$ 7,50 (sete reais e cinquenta centavos) e parcelas referentes ao Bolsa-Família, no período de dezembro de 2004 a novembro de 2006, no valor de R\$ 23,00 (vinte e três reais), da acusada, tendo, para isso, declarado renda mensal de R\$180,00 (cento e oitenta reais) quando, na verdade, recebia renda maior, havendo informação de ter recebido R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) e outros valores ainda superiores, chegando a R\$ 588,00 (quinhentos e oitenta e oito reais) em janeiro de 2005.

3. No que tange à prescrição da pretensão punitiva estatal do crime pela pena em abstrato citada pela defesa, certo é que essa modalidade de prescrição não se aplica quando já se tem nos autos sentença condenatória com pena concreta imposta.

4. Considerando-se que a ré foi condenada ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, desprezando-se o cômputo da continuidade delitiva (Súmula nº 487, do E. STF), para fins de contagem do prazo prescricional, a pena imposta enseja o prazo prescricional de 04 (quatro) anos, a teor do disposto no art. 109, inc. V, do Código Penal. Considerando-se mais, que a denúncia foi recebida em 22 de agosto de 2008, resultam prescritas apenas as condutas anteriores a 22 de agosto de 2004, remanescendo, porém, o período de setembro de 2004 a novembro de 2006, não atingido pela prescrição.

5. Declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação às condutas cometidas anteriormente ao período de 22 de agosto de 2004, para as quais está extinta a punibilidade do delito (art. 107, inc. IV, do Código Penal).

6. Em relação às condutas remanescentes, a sentença condenatória há de ser mantida, porque restou provado que a ré, por meio de atos fraudulentos, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo do programas sociais do governo federal, através da prática do crime de estelionato qualificado.

7. *A materialidade delitiva está comprovada pela farta prova documental constante dos autos da ação penal.* De acordo com as cópias do procedimento administrativo, a acusada ficava na posse dos cartões magnéticos dos beneficiários e das respectivas senhas, com os quais levantava os valores, o que resultou na pena de demissão do cargo de escrevente que exercia junto à Prefeitura do Município de Cajobi/SP.

8. *A autoria é incontestada e veio demonstrada, sobretudo, pela prova testemunhal colhida.* Dolo restou comprovado pela vontade consciente de obtenção de benefício indevido.

9. Declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal e extinção da punibilidade do crime quanto aos fatos ocorridos anteriormente a 22 de agosto de 2004, com fulcro no art. 107, IV,

do Código Penal e, em relação aos delitos remanescentes, improvimento do recurso.
(ACR 00013507220074036106, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/04/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

CONCLUSÃO

A ré era Servidora Pública Municipal que detinha a atribuição de cadastrar beneficiário do Programa Bolsa Escola e nesta condição preencheu Cadastro Único de Programas Sociais do Governo Federal, falseando a verdade quanto à renda *per capita* familiar e considerações de moradia, o que resultou no indevido recebimento do benefício e, ainda, reteve cartões magnéticos de beneficiários do programa, sacando para si os valores.

Assim, afigura-se correto o enquadramento realizado das condutas vedadas na LIA, artigo 10, incisos VII, X e XI e artigo 11, incisos I e II, nos termos consignados na inicial,

Considerando os fundamentos expendidos, tendo sido o conjunto probatório detalhadamente apurado e cotejado, *resta efetivamente configurada a prática de atos de improbidade*, pelo que deve incidir as *penalidades insculpidas no artigo 12, inciso II e III, da Lei nº 8.429/92*, a saber:

1) à pena de perda da função pública, relativa ao cargo de escriturária, já consolidada através da demissão do requerido no âmbito administrativo;

2) ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 2.400,00, equivalente a três vezes o pretendido acréscimo patrimonial, devidamente corrigido a partir da data do ilícito até o efetivo pagamento, montante que se encontra dentro do patamar legalmente autorizado e dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade, em face ao alcance pretendido pela conduta da requerida;

3) suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA);

4) proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da Lia);

5) A perda do valor percebido indevidamente, nos termos consignados na r. sentença. Quanto aos valores originados dos cartões retidos, inviabiliza a devolução ante a imprecisão do montante. Nesse aspecto, o efetivo recebimento dos valores pela ré não é determinante para a caracterização do ilícito, bastando, na espécie, a retenção dolosa do cartão, impedindo que os efetivos beneficiários recebam os valores que lhe faziam *jus*.

A fixação das penas, no modo ora declinado, encontra-se em consonância ao entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio. Lembre-se das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa não serem de aplicação cumulativa e obrigatória, ao revés, delegando-se ao julgador a pertinente ponderação a partir do caso concreto. Essa orientação está assentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive vem afastando a aplicação de determinadas penalidades quando vislumbrada a afronta à proporcionalidade e razoabilidade, redimensionando a condenação. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO QUE JUSTIFIQUE A ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ASSERTIVA GENÉRICA DE OFENSA AOS ARTS. 9º. E 10 DA LEI 8.429/92 QUE ATRAI A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF, ANTE A DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO APELO RARO, NESTE ASPECTO. FALTA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO/MG QUE NÃO ACARRETA NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO, POIS SEU INGRESSO NA LIDE CONFIGURA HIPÓTESE DE

LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COM INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA LEGALIDADE, MORMENTE QUANDO AVERIGUADA A FIXAÇÃO DO VALOR DA MULTA ACIMA DO MÁXIMO LEGAL (ART. 12, II DA LIA). REDIMENSIONAMENTO DAS SANÇÕES. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO, NOS TERMOS DO ART. 509 DO CPC, PARA REDIMENSIONAR AS PENALIDADES APLICADAS AO EX-PREFEITO. (*omissis*) 4. O art. 12 da Lei 8.429/92 fixa critérios de qualificação e quantificação das sanções, impondo que as penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, à luz da extensão do dano causado e da gravidade do fato, além do proveito patrimonial obtido pelo agente. 5. As peculiaridades do caso concreto denotam que as condutas dos recorrentes não foram tão graves a ponto de justificar a aplicação cumulativa de todas as penalidades previstas e extrapoladoras dos limites legais delineados para a conduta típica que lhes são imputadas. (*omissis*) (STJ, REsp 1197136, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, v.u., DJE DATA: 10/09/2013);

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA CORTE EXCELSA. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES APLICADAS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”, (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. (Precedente: AgRg no REsp 1242939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 30/05/2011.)

2. A sanção de suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicada tão somente em casos graves. (Precedente: AgRg no AREsp 11.146/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe 22/08/2011).

3. “A condenação foi devidamente motivada e se encontra dentro dos limites do art. 12 da Lei 8.429/1992, estando dosada segundo a avaliação razoável do Tribunal de origem. Portanto, não merece reforma em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.” (Precedente: REsp 1173845/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 27/04/2011.) Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp 1223798, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, v.u., DJE DATA: 19/04/2012).

A ré sucumbente em maior parte fica isenta de custas em razão da necessidade de interpretação isonômica ao artigo 18 da Lei nº 7.347/85. Isso porque a novel jurisprudência da Superior Corte, por sua Primeira Seção, vem firmando entendimento no sentido de que deve ser o tema tratado à luz da interpretação sistemática do ordenamento, em observância à absoluta simetria de tratamento entre as partes, de modo que se não pode o *Parquet* ser condenado aos honorários em sede de ação civil pública, igualmente não poderá de tal verba se beneficiar, ainda que o importe seja vertido ao Fundo do artigo 13 da LACP. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR - DESCABIMENTO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85.
 3. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*.
 4. *Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública.* Precedentes.
 5. Recurso especial não provido. (destaques aditados)
- (STJ, REsp 1302105, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, v.u., DJE DATA: 14/08/2013);

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal *a quo* decidiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia.
 2. A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.
 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
- (STJ, AGAREsp 221459, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, v.u., DJE DATA: 23/04/2013).

Assim, é rigor a manutenção da sentença quanto à condenação de devolução dos valores recebidos indevidamente e a perda do cargo, pelo que deve ser desprovida a apelação da ré, dando-se parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial para determinar a condenação de multa civil no montante de R\$ 2.400,00; a suspensão dos direitos políticos por cinco anos (artigo 12, inciso III, da LIA) e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direto ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio, pelo prazo de cinco anos (artigo 12, inciso II, da Lia);

Após o trânsito em julgado, oficie-se à Justiça Eleitoral relativamente à suspensão dos direitos políticos, bem como ao Banco Central do Brasil para comunicar às instituições financeiras oficiais sobre a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, informando-se o CPF da ré, dando-se, ainda, cumprimento ao disposto no artigo 3º da Resolução nº 44/2007 do CNJ.

Face ao exposto, *dou parcial provimento* à apelação do autor e à remessa oficial, tida por submetida e *nego provimento* à apelação da ré.

É como voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0024917-82.2009.4.03.6100

(2009.61.00.024917-1)

Apelante: UNIVERSIDADE PAULISTA - UNIP

Apelada: AGATHA DE ASSIS DUARTE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 326353

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2015

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ABONO DE FALTAS E REALIZAÇÃO DE PROVA SUBSTITUTIVA. ATESTADO MÉDICO DE GRAVIDEZ DE RISCO. DIREITO DA IMPETRANTE.

1 - A Lei nº 6.202/1975, que “atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares”, prescreve que “a partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares”.

2 - O parágrafo único do artigo 1º do mesmo diploma dispõe que “o início e o fim do período em que é permitido o afastamento serão determinados por atestado médico a ser apresentado à direção da escola”, ressaltando no artigo 2º que, “em casos excepcionais devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto” e “em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais”.

3 - No caso, a impetrante apresentou os atestados médicos referentes aos períodos em que foi obrigada a faltar (fl. 24/25) em decorrência de gravidez de risco, a qual culminou em parto prematuro conforme comprovado pela certidão de nascimento (fl. 22).

4 - Pelo exposto, a impetrante tem direito ao abono de faltas e à realização das provas, independentemente do disposto no regimento interno da Universidade.

5 - Negado provimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança impetrado para determinar a manutenção da bolsa PROUNI e a realização das provas passadas e as que foram sendo negadas para o Curso de Ciências Contábeis na UNIP.

A impetrante narra que é bolsista do programa PROUNI desde janeiro de 2009 e que ficou impossibilitada de comparecer a duas provas, em 3/6/2009 e 10/6/2009, por motivo de gravidez de alto risco, a qual resultou em parto prematuro em 12/6/2009. Afirma que não pode comparecer também aos exames marcados posteriormente, avisando a instituição de ensino em 18/6/2009.

A impetrante foi reprovada em decorrência do não comparecimento nas provas, o que culminou com sua exclusão do PROUNI.

Em informações, a Universidade alega que as provas substitutivas só podem ser requeridas em até 5 dias contados da data da aplicação, que o abono de faltas não pode ser concedido e que os prazos regimentares não foram obedecidos.

A liminar foi deferida.

A segurança foi concedida para determinar a manutenção da bolsa PROUNI e a realização das provas, submetendo o feito ao reexame necessário.

Em apelação, a Universidade Paulista afirma que o manual do aluno proíbe o abono de faltas e que o calendário da Universidade não foi respeitado.

Com contrarrazões, subiram os autos para apreciação.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

A Lei nº 6.202/1975, que “atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares”, prescreve que “a partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares”.

O parágrafo único do artigo 1º do mesmo diploma dispõe que “o início e o fim do período em que é permitido o afastamento serão determinados por atestado médico a ser apresentado à direção da escola”, ressalvando no artigo 2º que, “em casos excepcionais devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto” e “em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais”.

No caso, a impetrante apresentou os atestados médicos referentes aos períodos em que foi obrigada a faltar (fl. 24/25) em decorrência de gravidez de risco, a qual culminou em parto prematuro conforme comprovado pela certidão de nascimento (fl. 22).

Pelo exposto, a impetrante tem direito ao abono de faltas e à realização das provas, independentemente do disposto no regimento interno da Universidade.

Precedentes:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - ABONO DE FALTA - MOTIVO DE DOENÇA - POSSIBILIDADE.

1. Acolhida preliminar de intempestividade do recurso.
 2. De acordo com o regimento interno da faculdade, não são aceitas justificativas às faltas, devendo ser reprovado o aluno que exceder ao limite de faltas.
 3. Comprovação, pela impetrante, através de atestados médicos contemporâneos aos fatos, que as faltas ocorreram por motivo de doença.
 4. Em que pese a autonomia didático-científica da instituição de ensino, em nome do princípio da razoabilidade, devem ser abonadas as faltas ante a justificativa apresentada.
 5. Precedentes.
 6. Remessa oficial não provida.
- (AMS 00189676820044036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/03/2010 PÁGINA: 71)

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CIVIL. ENSINO SUPERIOR. COLAÇÃO DE GRAU. ABONO DE FALTAS. ESTUDANTE GRÁVIDA. HERMENÊUTICA. FINS SOCIAIS DA LEI.

1. O artigo 1º da Lei nº 6.202/75, assegura à estudante grávida o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969. Ademais, tratou a lei de estabelecer (art. 2º) que, em casos excepcionais, devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto e que, em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais.
 2. No caso dos autos, razoável enquadrar a situação da impetrante no disposto no artigo 2º da Lei 6.202/75, pois, os atestados médicos asseveram que necessitou de repouso em face da ameaça de aborto e de enjôos constantes, contudo, isso não obsteu que continuasse a freqüentar as aulas, salvo nos dias em que necessitou de repouso e esta situação guarda consonância com o elastério da norma legal aqui mencionada.
 3. Cabe ao magistrado aplicar a lei de forma atenta aos fins sociais por ela visados e às exigências do bem comum, fazendo valer a norma inscrita no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, como sabido, é lei consagradora de relevantes princípios gerais de direito.
 4. Remessa oficial a que se nega provimento.
- (REOMS 00013678319944036100, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, DJU DATA: 11/10/2006)

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001098-73.2010.4.03.6006

(2010.60.06.001098-1)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: ROBERTO ALCÂNTARA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe no Processo: AMS 330743

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2014

EMENTA

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPROVADO DUPLO DOMICÍLIO (BRASIL-PARAGUAI). POSSIBILIDADE DE LIVRE DESLOCAMENTO. PENA DE PERDIMENTO INCABÍVEL.

1. No presente caso, o impetrante Roberto Alcântara é pessoa física, proprietário de veículos automotores regularmente adquiridos no Paraguai, apreendidos por autordade fiscal quando em trânsito pelo território nacional, mais especificamente em Sete Quedas, no Mato Grosso do Sul, região de fronteira entre o Brasil e o Paraguai.
2. A possibilidade de duplo domicílio já era prevista no Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 também prevê essa possibilidade em seus artigos 71 e 72.
3. Comprovando o proprietário dos veículos ter duplo domicílio, deslocando-se entre o Brasil e o Paraguai, tanto para fins pessoais, quanto para fins comerciais, não há que se falar na aplicação da pena de perdimento em razão de dano ao Erário.
4. Precedentes do E. STJ e desta Corte.
5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
6. 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, 27 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela União contra a decisão monocrática que, com supedâneo no art. 557 do CPC, negou seguimento à sua apelação e a remessa oficial, tida por

interposta, mantendo a sentença que concedera a ordem.

O mandado de segurança foi impetrado por ROBERTO ALCANTARA em face da agravante, objetivando reconhecer o seu direito líquido e certo à liberação dos veículos de sua propriedade Hyundai Santa Fé, cor prata, placas BBV 447 - Paraguai, chassi nº KMHSH81WP8U302367; GM/S10, ano 2008, placas OAF 222 - Paraguai e GM/S10, ano 2008, placas OAD682 - Paraguai, apreendidos em razão de suposto ingresso irregular no Brasil, alegando possuir residência e domicílio fixo no Paraguai, vindo regulamente ao Brasil apenas a fim de visitar seus filhos e esposa que moram na linha de fronteira, razão pela qual entende incabível a aplicação da pena de perdimento.

Pretende-se a reforma da decisão monocrática.

Apresentado o feito em mesa, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por interposta, em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Roberto Alcântara em face do Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil em Mundo Novo/MS, com o objetivo de reconhecer o seu direito líquido e certo à liberação dos veículos de sua propriedade Hyundai Santa Fé, cor prata, placas BBV 447 - Paraguai, chassi nº KMHSH81WP8U302367; GM/S10, ano 2008, placas OAF 222 - Paraguai e GM/S10, ano 2008, placas OAD682 - Paraguai, apreendidos em razão de suposto ingresso irregular no Brasil, alegando possuir residência e domicílio fixo no Paraguai, vindo regulamente ao Brasil apenas a fim de visitar seus filhos e esposa que moram na linha de fronteira, razão pela qual entende incabível a aplicação da pena de perdimento.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido, tão somente para determinar que a autoridade impetrada não desse destinação aos veículos em questão até a prolação da sentença.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

O r. Juízo *a quo* concedeu a segurança, para declarar nulos o auto de infração e o procedimento administrativo que culminaram com o perdimento dos veículos descritos na exordial. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos das Súmulas nº 105 do STJ e nº 512 do STF.

Apelou a União Federal, pleiteando a reforma da r. sentença, alegando, em breve síntese, que o impetrante possui duplo domicílio no Brasil e no Paraguai, razão pela qual só poderiam os seus veículos circular livremente no Brasil na condição de turista, conforme previsão da Resolução GMC nº 35/2002, razão pela qual mostra-se plenamente legítima a aplicação da pena de perdimento no caso vertente.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento da apelação e da remessa oficial.

Passo a decidir com fulcro no art. 557 e parágrafos, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 9.756/98.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para *simplificação e agilização do julgamento dos recursos*, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito.

Em um primeiro momento, destaco ser de rigor a sujeição da sentença concessiva da ordem ao reexame necessário, haja vista o que dispõe o § 1º, art. 14 da Lei nº 12.016/2009, *in verbis*: “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º. Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”.

Nesse sentido, trago à colação recente ementa de julgado do E. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA REGRA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO OCORRIDO. QUESTÃO ESTRITAMENTE JURÍDICA.

(...)

3. A jurisprudência prevalecente no STJ é no sentido de que não se aplica ao Mandado de Segurança a regra do art. 475, § 2º, do CPC, por força de previsão específica na lei que disciplina o rito dessa Ação Constitucional (art. 12, parágrafo único, da revogada Lei 1.533/1951 e art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009) (REsp 687.216/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 4/8/2008; REsp 1.274.066/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/12/2011; REsp 1.047.540/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/8/2008).

4. Agravo Regimental não provido”.

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp nº 302.656/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 15/08/2013, DJe 16/09/2013)

Passo, assim, à análise do mérito.

No presente caso, o impetrante Roberto Alcântara é pessoa física, proprietário de veículos automotores regularmente adquiridos no Paraguai, apreendidos por autoridade fiscal quando em trânsito pelo território nacional, mais especificamente em Sete Quedas, no Mato Grosso do Sul, região de fronteira entre o Brasil e o Paraguai.

Foi comprovado nos autos que o impetrante, pai de 2 (dois) filhos brasileiros, tem diversos imóveis no país (fls. 76/77), entre eles uma casa em Sete Quedas/MS que ocasionalmente ocupa e domicílio fiscal na cidade de Canindeyu, Paraguai (fl. 249).

A possibilidade de duplo domicílio já era prevista no Código Civil de 1916, que dispunha em seus arts. 31 e 32:

“Art. 31. O domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 32. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas”.

O Código Civil de 2002, prevê, ainda:

“Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhes corresponderem”.

Ora, no caso vertente, comprovando o proprietário dos veículos ter duplo domicílio, deslocando-se entre o Brasil e o Paraguai, tanto para fins pessoais, quanto para fins comerciais, não há que se falar na aplicação da pena de perdimento em razão de dano ao Erário.

Corroborando o entendimento aqui expendido, trago à colação ementas dos seguintes julgados do E. STJ, bem como desta C. Sexta Turma, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTRANGEIRO. PENA DE PERDIMENTO. ENQUADRAMENTO COMO INGRESSO TRANSITÓRIO DE AUTOMÓVEL. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

3. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que 'não se aplica a pena de perdimento prevista no art. 23, I, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455/76 na hipótese em que o bem objeto de apreensão - veículo automotor cujo proprietário reside em país vizinho - ingressa no território brasileiro somente para trânsito temporário' (REsp 614.581/PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 24.5.2007).

4. Ademais, na hipótese vertente, o Tribunal *a quo* entendeu inaplicável a pena de perdimento de veículo, na medida em que a jurisprudência deste Tribunal admite a circulação de veículo estrangeiro no país quando comprovado o duplo domicílio do seu proprietário, como o caso dos autos.

5. Nesse contexto, acolher conclusão distinta da adotada no aresto hostilizado, sobre tratar-se de importação disfarçada ou de entrada clandestina do veículo, demandaria reexame do suporte fático-probatório dos autos, vedado nesta instância especial ante o teor da Súmula 7/STJ, de seguinte conteúdo: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.

6. Agravo regimental não provido".

(STJ, AgRg no REsp nº 1.323.198/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. 17/09/2013, DJe 07/10/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC E JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. PENA DE PERDIMENTO. INGRESSO TRANSITÓRIO DE VEÍCULO. INAPLICABILIDADE. ANÁLISE DE SUPOSTA OFENSA A DISPOSITIVO DE PORTARIA E RESOLUÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE 'LEI FEDERAL'. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. O aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) é descabida a aplicação de pena de perdimento no caso de veículo estrangeiro cujo proprietário tenha duplo domicílio, exerça atividades profissionais em ambos os países e se utilize do automóvel tanto num como noutro;

(b) leiloado, arrematado e entregue o bem, indeniza-se o proprietário com base no preço de venda, conforme o art. 30, § 2º, do Decreto-Lei 1.455/76.

3. Não se pode falar em julgamento *extra petita*, na medida em que a determinação para que os impetrantes fossem indenizados com base no preço obtido em leilão decorreu da impossibilidade de devolução do veículo apreendido.

4. Ademais, consoante o enunciado da Súmula 269/STF, 'o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança', de modo que eventual diferença entre o valor de mercado do veículo e a quantia oferecida pelo arrematante em leilão deverá ser buscada em ação própria. É discutível, até mesmo, a possibilidade de devolução do valor arrecadado em leilão no âmbito da presente ação mandamental.

Mantém-se, no entanto, o entendimento adotado pela Corte de origem, tendo em vista o princípio que veda a *reformatio in pejus*.

5. 'Não se aplica a pena de perdimento prevista no art. 23, I, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455/76 na hipótese em que o bem objeto de apreensão - veículo automotor cujo proprietário reside em país vizinho - ingressa no território brasileiro somente para trânsito temporário' (REsp 614.581/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 24.5.2007).

6. Entende-se que a mesma orientação deve ser aplicada na hipótese dos autos, ainda que se trate de veículo utilizado por proprietários com domicílio no Brasil e na Argentina, mas que serve apenas como meio de locomoção entre os dois países. Vale ressaltar, ainda, que o veículo apreendido possui certificado de registro argentino e comprovante de seguro e do pagamento de tributos a ele relacionados na Argentina.

7. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão 'lei federal', constante da alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

8. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional pressupõe a indicação do dispositivo de lei federal contrariado, ou cuja vigência tenha sido negada, sob pena de incidir o óbice previsto na Súmula 284/STF.

9. Recurso especial da FAZENDA NACIONAL parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

10. Recurso especial de RICARDO ELIAS STELLA e OUTRO desprovido”.

(STJ, REsp nº 981.992/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, j. 10/11/2009, DJe 01/12/2009)

“ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO. ENQUADRAMENTO COMO INGRESSO TRANSITÓRIO DE AUTOMÓVEL. INAPLICABILIDADE.

1. Não se aplica a pena de perdimento prevista nos arts. 27 da Portaria DECEX nº 8/91 e 23, I, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455/76 na hipótese em que o bem objeto de apreensão - veículo automotor cujo proprietário reside em outro país - ingressa no território brasileiro somente para trânsito temporário.

2. É requisito para a aplicação da pena de perdimento, a teor dos referidos dispositivos, a existência de mercadoria importada, assim como a ocorrência de atos que causem dano ao erário, circunstâncias ausentes no caso em apreço.

3. Recurso especial improvido.”

(STJ, REsp nº 507.364/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, j. 05/12/2006, DJ 07/02/2007, p. 274)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL., ART. 557, § 1º, DO CPC. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTRANGEIRO. DUPLO DOMICÍLIO. PENA DE PERDIMENTO. ILEGITIMIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. Não configura dano ao erário, a legitimar a apreensão e a aplicação da pena de perdimento, o ingresso de veículo estrangeiro pertencente à empresa cujo sócio e condutor possui duplo domicílio, movimentando-se entre Brasil e Bolívia em razão de suas atividades comerciais.

2. Agravo legal improvido”.

(TRF3, AMS nº 0000668-69.2006.4.03.6004, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, j. 08/08/2013, e-DJF3 16/08/2013)

Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 557, *caput* do CPC, *nego sequimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.*

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

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

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo legal.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA

0009931-85.2012.4.03.0000

(2012.03.00.009931-4)

Impetrante: SANDRA REGINA NERI DI LORENZO

Impetrado: DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: MS 336680

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA PROVIMENTO DE VAGA DO CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO - ÁREA ADMINISTRATIVA - NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE NOVAS VAGAS E DIREITO À NOMEAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO CHAMAMENTO PARA REALIZAR EXAMES MÉDICOS. ORDEM DENEGADA.

i) Insubsistente a alegada existência de vagas na Unidade Administrativa escolhida pela impetrante, a justificar o direito à nomeação. Demonstrado pela Administração que, mesmo com o preenchimento de todas as vagas, considerada a “lotação ideal”, ainda assim não atingiria a classificação da impetrante (36ª colocação).

ii) Inexistente direito líquido e certo à nomeação em decorrência de ter sido chamada a realizar exames admissionais.

ii.i) A simples leitura das regras insculpidas na Lei nº 8.112/90 (arts. 5º, inciso IV e 14) revelam que a aprovação nos exames admissionais é requisito para o provimento do cargo, mas não autoriza a interpretação de que sua realização dá direito à nomeação e posse.

ii.ii) A convocação para realização dos exames médicos não significou a existência de vagas na Unidade Administrativa escolhida, mas, respeitado o princípio da eficiência da administração, o interesse em aproveitar ao máximo o número de candidatos aprovados no certame, sobretudo diante da proximidade da expiração de sua validade, com o escopo de manter completo o quadro disponível de candidatos, já antevendo eventuais desistências ou reprovações.

iii) - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Votaram os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, JOHONSOM DI SALVO, ALDA BASTO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA e PEIXOTO JÚNIOR.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES, DIVA MALERBI, SALETTE NASCIMENTO, NEWTON DE LUCCA e MARISA SANTOS.

São Paulo, 26 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SANDRA REGINA NERI DI LORENZO em 30/03/2012 contra ato considerado omissivo do E. Desembargador Federal Presidente deste Tribunal, que deixou de nomeá-la e empossá-la no cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa, no qual foi aprovada.

Alega a impetrante, em síntese, que se inscreveu no Concurso Público para o preenchimento de cargos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, conforme edital publicado em 14/06/2007 com prazo de dois anos e prorrogado por mais dois anos, conforme Ato nº 8.898, para o cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa para a unidade administrativa de São José dos Campos (código LC 20), tendo sido regularmente aprovada e, inclusive, convocada para efetuar os exames admissionais em 08/08/2011, o que demonstraria a existência de vagas e o interesse da Administração em provê-las, criando, assim, seu direito subjetivo à investidura, o que não se efetivou até a data da impetração deste *mandamus*.

Assegura que a Lei nº 12.011/09, quando ainda vigorava o edital, criou 230 novas Varas Federais e 2530 cargos de técnico administrativo judiciário, sendo várias delas na região de sua opção. Nesse passo, assegura que, divulgado o edital de concurso pela Administração Pública, não há discricionariedade em nomear ou não os candidatos aprovados dentro do número de vagas.

Pleiteou liminar, para o fim de compelir a Administração a nomeá-la e empossá-la imediatamente para o cargo em que foi aprovada e, ao final, pela concessão da segurança para tornar definitiva a liminar concedida.

Postergada a análise do pedido de liminar para após a vinda das informações.

Prestadas as informações às fls. 117/125, nas quais afirma a autoridade impetrada que, relativamente à opção efetuada pela impetrante, qual seja, cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de São José dos Campos, que abrange as Subseções Judiciárias de São José dos Campos, Caragatatuba, Guaratinguetá, Taubaté e Mogi das Cruzes, o Edital de Abertura ofereceu *uma única vaga*, conforme Anexo II - Vagas Disponibilizadas por Unidade Administrativa - Seções Judiciárias do Estado de São Paulo.

Informa que a impetrante obteve a 36ª colocação dentre os candidatos que fizeram a mesma opção, cujo certame foi homologado pelo Ato nº 8.898, de 31/03/2008, com validade prorrogada por dois anos pelo Ato nº 9.593, de 01/10/2009, e dentro do prazo de validade e prorrogação foram nomeados e empossados onze candidatos ao cargo concorrido pela impetrante, portanto, dez candidatos a mais do que o previsto no Edital de abertura do certame.

Sustenta que a jurisprudência predominante confere direito subjetivo à nomeação tão-somente aos candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas e, no caso vertente, apenas uma vaga foi oferecida, incluída aquela reservada ao portador de deficiência. Para os

demaís candidatos, o artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, garante unicamente o direito a não preterição na classificação final durante o prazo de convocação previsto no edital.

Assegura que a convocação dos candidatos para a realização dos exames admissionais, além de constituir procedimento de caráter eliminatório necessário à investidura (aptidão física e mental), antecede o provimento do cargo e visa à consecução dos requisitos, preparando uma “carteira” de candidatos aptos para nomeação a qualquer tempo e, assim, não constitui prova inequívoca da necessidade de mão-de-obra ou existência de vagas, tanto é assim que comumente são convocados para os exames candidatos em número proporcionalmente superior ao de vagas.

Afirma a autoridade coatora, ainda, que “as primeiras 3 (três) vagas preenchidas por candidatos deste concurso advieram de vacância do quadro de pessoal, demonstrando a não defasagem do quadro até o ano de 2010.” E “quanto às outras 8 (oito) vagas, originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/09, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014.”

Informa que a lei nº 12.011/09 “atribuiu ao Conselho da Justiça Federal a organização e localização de tais varas, o que se efetivou pela Resolução nº 102/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 113/2010 daquele mesmo Colegiado” por força da qual novas varas foram implantadas nas Subseções Judiciárias de Taubaté e Mogi das Cruzes, resultando na abertura de 18 (dezoito) novas vagas do cargo de Técnico Administrativo - Área Administrativa, criados pela Lei nº 12.011/09, na Unidade Administrativa de São José dos Campos, dos quais 7 (sete) foram providos por candidatos melhor classificados que a impetrante (o último candidato nomeado foi classificado em 16º lugar) e, portanto, as onze vagas restantes não seriam suficientes à sua nomeação.

No arremate, informa a autoridade coatora que há na Unidade Administrativa de São José dos Campos 16 (dezesesseis) “claros de lotação”, que corresponde à diferença entre a lotação ideal de técnicos judiciários e aquela efetivamente preenchida em cada Subseção Judiciária, os quais, ainda que fossem preenchidos na vigência do concurso, não alcançaria a classificação da impetrante (36ª colocação).

Pela decisão de fls. 247/vº, o E. Desembargador Federal Relator Fábio Prieto, indeferiu a liminar.

Parecer do Ministério Público Federal às fls.254/259, pela denegação da ordem.

Com a assunção do E. Desembargador Federal Fábio Prieto à Presidência desta Corte, estes autos foram redistribuídos ao E. Desembargador Federal Newton de Lucca em 28/02/2014, que se declarou impedido em 10/06/2014.

Vieram-me os autos redistribuídos em 18/06/2014, ocasião em que determinei fosse a União cientificada para, querendo, ingressar no feito, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009.

A União manifestou interesse em ingressar neste feito, com vistas à defesa de seus interesses.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

A impetrante se insurge contra ato considerado omissivo supostamente praticado pelo E. Desembargador Federal Presidente deste Tribunal, que deixou de nomeá-la e empossá-la no cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa para o qual foi aprovada.

O compulsar dos autos revela que a impetrante optou pelo cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de São José dos Campos, que abrange as Subseções Judiciárias de São José dos Campos, Caraguatatuba, Guaratinguetá, Taubaté e Mogi das Cruzes, para o qual, de acordo com o Edital de Abertura, *foi oferecida uma única vaga*, conforme Anexo II - Vagas Disponibilizadas por Unidade Administrativa - Seções Judiciárias do Estado de São Paulo. *A impetrante foi classificada em 36º lugar.*

Depreende-se das informações prestadas pela autoridade impetrada que, durante o prazo de vigência do concurso “as primeiras 3 (três) vagas preenchidas (...) advieram de vacância do quadro de pessoal, demonstrando a não defasagem do quadro até o ano de 2010.” E “quanto às outras 8 (oito) vagas, originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/09, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014.”

Ainda de acordo com as informações prestadas, outras 7 (sete) vagas para o cargo de Técnico Administrativo - Área Administrativa, na Unidade Administrativa de São José dos Campos de técnico, dentre as 18 (dezoito) criadas em virtude das novas varas implantadas nas Subseções Judiciárias de Taubaté e Mogi das Cruzes por força da Lei nº 12.011/09, foram providas por candidatos mais bem classificados que a impetrante (o último candidato nomeado foi classificado em 16º lugar) e, portanto, as onze vagas restantes não seriam suficientes à sua nomeação.

Segundo a autoridade coatora, há na Unidade Administrativa de São José dos Campos 16 (dezesseis) “claros de lotação”, que correspondem à diferença entre a lotação ideal de técnicos judiciários e aquela efetivamente preenchida em cada Subseção Judiciária, os quais, ainda que fossem preenchidos na vigência do concurso, não alcançaria a classificação da impetrante (36ª colocação).

Como já asseverado, o edital previu apenas *uma vaga* para o cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, do quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de São José dos Campos, que abrange as Subseções Judiciárias de São José dos Campos, Caraguatatuba, Guaratinguetá, Taubaté e Mogi das Cruzes disputado pela impetrante. A superveniência de novas vagas surgidas no período de validade do concurso, ainda que pudessem alcançar a classificação da impetrante (36º lugar), o que não ocorre no caso, sequer teria o condão de obrigar a Administração a nomeá-la.

A respeito do tema, o STF, em julgamento com repercussão geral (RE 598.099/MS, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10/08/2011), entendeu que, salvo em situações excepcioníssimas, a Administração tem a obrigação de nomear os candidatos classificados dentro do número de vagas constantes do Edital, analisando, também na ocasião, o direito à nomeação de candidatos inscritos em cadastro de reserva, nas hipóteses em que forem surgidas novas vagas.

Nesse ponto, o Supremo fixou o entendimento de que cabe à Administração decidir sobre a forma de gestão dessas vagas, podendo, inclusive extingui-las, conforme juízo de conveniência e oportunidade.

Do voto, extraio os seguintes excertos, *in verbis*:

...

A orientação predominante desta Corte, não obstante, reconhece (sic) o direito à nomeação no caso de preterição da ordem de classificação, inclusive quando provocada por contratação precária.

(...)

A jurisprudência do STF, portanto, tem reconhecido o direito subjetivo à nomeação apenas nas referidas hipóteses: preterição na ordem de classificação e nomeação de outras pessoas que não aquelas que constam da lista classificatória de aprovados no certame público.

... (destaquei)

No STJ, remansosa é a jurisprudência acerca do tema:

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS INSERIDOS EM CADASTRO DE RESERVA - NOVAS VAGAS - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO - PRECEDENTES DO STF - CESSÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS - TERMO DE COOPERAÇÃO - PRETERIÇÃO NÃO MATERIALIZADA - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Os candidatos aprovados em concurso público mas inseridos em cadastro de reserva têm expectativa de direito à nomeação.

2. O STF tem entendido caber à Administração, com relação aos cargos que surjam durante o período de validade do certame, decidir sobre a forma de gestão, podendo, inclusive extingui-las conforme juízo de conveniência e oportunidade. *Proposta de alinhamento da jurisprudência desta Corte à posição do STF.*

3. Não restou devidamente materializada preterição de candidato aprovado, com expectativa de nomeação, em espera no cadastro de reserva.

4. A cessão de servidores municipais não é de autoria da autoridade impetrada, sendo o responsável estranho à impetração.

5. Segurança denegada.

(MS nº 17.886 - DF. Primeira Seção do STJ - Rel. Ministra Eliana Calmon -- DJe 14/10/2013)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Os aprovados em concurso público têm apenas expectativa de direito, em virtude da discricionariedade administrativa, submetendo a nomeação dos candidatos ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, e não viola, destarte, os princípios da isonomia e legalidade. Não há, portanto, qualquer direito líquido e certo aos demais candidatos que, fora das vagas indicadas no edital, seguiram como suplentes na ordem de classificação do certame.

2. Não restaram comprovadas as hipóteses excepcionais como, por exemplo, quando ocorre preterição na ordem de classificação dos candidatos, criação de novos concursos enquanto vigente o anterior, ou na hipótese de contratação de servidores precários para mesmas funções do cargo em que o concurso esteja em andamento.

3. Ainda que novas vagas surjam no período de validade do concurso, - por criação de lei, ou mesmo por força de vacância -, o seu preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 21362/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Sexta Turma, DJe 18/04/2012)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA

DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, têm direito à nomeação os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concurso. Quanto aos demais candidatos, não assiste direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas forem surgindo no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância - cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 34789/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/10/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. NOVO CERTAME APÓS EXPIRAÇÃO DO PRAZO DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE.

1. A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

2. O surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, não vincula a Administração, que em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode aproveitar ou não os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital.

3. A prorrogação do prazo de validade de concurso é ato discricionário da Administração, sendo descabido o exame quanto à sua conveniência e oportunidade pelo Judiciário.

4. Preenchidas as vagas previstas no edital e expirado o prazo de validade do certame, não há falar em abuso ou desvio de poder referente ao ato que determina a abertura de novo concurso.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 28.915/SP, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 29/04/2011)

Vê-se, pois, que é insustentável a alegação da impetrante de que 2530 cargos de técnico administrativo judiciário teriam sido criados pela Lei nº 12.011/09 durante a vigência do concurso, e, assim, a sua lotação se impunha, porquanto há que se observar o número de cargos existentes na Unidade Administrativa optada pela impetrante por ocasião de sua inscrição e, além disso, ao fato de que os cargos criados pela novel legislação não estão circunscritos àquela Unidade Administrativa optada, mas para todas as Seções Judiciárias do país.

No que pertine à imposição da nomeação da impetrante em decorrência da sua convocação para realização de exames médicos, por representar o reconhecimento da Administração acerca da existência de vaga na referida Unidade Administrativa para a qual optou e a necessidade de provê-la, igualmente é insustentável, na medida em que constitui fase de caráter eliminatório necessário à investidura (aptidão física e mental), antecedente, portanto, ao provimento do cargo, consoante dispõem os artigos 5º, inciso VI, e 14, da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:

(...)

VI-aptidão física e mental.

(...)

Art. 14. A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial.

Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo.

O edital do concurso, por sua vez, estabeleceu que:

XV - DO PROVIMENTO DOS CARGOS

O Provimento dos cargos ficará a critério da Administração de cada órgão e se realizará por ato da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos habilitados por Unidade Administrativa de Classificação/Cidade de Prova/Cargo, *desde que considerados aptos nos exames admissionais, em inspeção de saúde física e mental, de caráter eliminatório*, a serem realizados por profissionais do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região e/ou profissionais especializados, credenciados pela Administração dos referidos órgãos. (negritei)

Nessa toada, a convocação para realização dos exames médicos não significou a existência de vagas na Unidade Administrativa para preenchimento pela impetrante, mas, respeitado o princípio da eficiência da Administração, o interesse em aproveitar ao máximo o número de candidatos aprovados no certame, sobretudo diante da proximidade da expiração de sua validade, com o escopo de manter completo o quadro disponível de candidatos, já antevendo eventuais desistências ou reprovações.

Em suma, inexistente o direito líquido e certo da impetrante à pretendida nomeação.

Pelo exposto, *denego* a segurança.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RECURSO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE SERVIDOR

0026183-66.2012.4.03.0000

(2012.03.00.026183-0)

Recorrente: ALOE FERNANDES FELIPPE

Recorrido: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: RPADServ 826

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO A DECISÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

I - O C. Órgão Especial desta Corte, valendo-se do disposto no parágrafo único dos arts. 38 e 46 do Regimento Interno, já decidiu reiteradas vezes acerca da impossibilidade de oferecimento de recurso contra as decisões proferidas - já em grau de recurso administrativo - pelos Conselhos. Caso se admitisse tal via de impugnação, estar-se-ia criando uma terceira instância administrativa, não prevista. Nessas hipóteses, poderá a parte, eventualmente, valer-se de ação própria, já que não cabe ao Órgão Especial rever matéria já apreciada pelo CJF-3ª Região, quando do exame de recursos a ele dirigidos.

II - Conforme se extrai do art. 46, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, o recurso administrativo previsto no art. 11, II, "m", é cabível unicamente contra decisões proferidas pelo E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região no exercício de sua *competência originária*, não autorizando, assim, um eventual *segundo* recurso contra decisões prolatadas pelo órgão em *sede recursal*. Precedentes jurisprudenciais.

III - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial 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 janeiro de 2015.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto por Aloê Fernandes Felipe, a fls. 319/324, contra a decisão monocrática de fls. 299/299vº que negou seguimento ao recurso de fls. 282/290 manejado pelo recorrente, com o objetivo de reformar decisão colegiada do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região que,

dando parcial provimento a recurso em sindicância administrativa, manteve a penalidade de advertência aplicada ao recorrente.

Sustenta que a decisão de fls. 299/299vº encontra-se fundamentada “em premissas que não guardam relação OU QUALQUER SEMELHANÇA com o CASO EM TELA, OU SEJA, tomou por PARÂMETRO, jurisprudência que tem por base DECISÕES EMANADAS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, AO PASSO QUE, NO CASO ORA EM DEBATE, O QUE TEMOS É UMA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PELO EGRÉGIO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO” (fls. 320/321).

Argumenta, também, que os precedentes citados possuem relação com casos em que se julgava “PEDIDOS FEITOS POR JUÍZES FEDERAIS, E NÃO PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES” (fls. 321).

Aduz que o recurso interposto contra a decisão do E. CJF-3ª Região tem fundamento no art. 11, II, “m”, do Regimento Interno do Tribunal, de modo que competiria ao E. Órgão Especial o julgamento de recursos interpostos contra decisões dos Conselhos (fls. 321/322).

Alega que “na hipótese dos autos, não restou configurado, em nenhum momento, o dolo ou a culpa do servidor ou ainda, qualquer dano ao erário, NÃO HAVENDO, POIS, QUE SE FALAR EM PUNIÇÃO” (fls. 322). Entende incabível a aplicação da penalidade, em vista dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (fls. 323).

Afirma, ainda, que, no voto proferido pelo E. CJF-3ª Região, houve a aplicação da Resolução nº 188/12 do CJF a fatos ocorridos em 2006, o que é incorreto. Entende que aquela decisão também viola o art. 5º, II, da CF e a Lei nº 8.112/90, que não contém previsão da obrigação que se impôs ao servidor.

Requer o provimento do agravo, para que seja julgado o recurso de fls. 282/290, declarando-se a nulidade da penalidade de advertência aplicada (fls. 324).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Cuida-se de agravo interposto contra *decisum* que negou seguimento a recurso voltado contra decisão colegiada do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, em sede de recurso administrativo.

Razão não assiste ao agravante.

Na decisão de fls. 299/299vº, tive a oportunidade de registrar:

O C. Órgão Especial desta Corte, valendo-se do disposto no parágrafo único dos arts. 38 e 46 do Regimento Interno, já decidiu reiteradas vezes acerca da impossibilidade de oferecimento de recurso contra as decisões proferidas - já em grau de recurso administrativo - pelos Conselhos. Caso se admitisse tal via de impugnação, estar-se-ia criando uma terceira instância administrativa, não prevista. Nessas hipóteses, poderá a parte, eventualmente, valer-se de ação própria, já que não cabe ao Órgão Especial rever matéria já apreciada pelo CJF-3ª Região, quando do exame de recursos a ele dirigidos.

Nesse sentido, trago à colação os Acórdãos abaixo, *in verbis*:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO - AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO - RECURSO CONTRA DECISÃO DO CONSELHO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Contra decisão proferida pelo Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, em sede recursal, não cabe recurso ao Órgão Especial.

2. Recurso não conhecido.”

(PA nº 94.03.030018-3, Rel. Des. Federal Ramza Tartuce, julgado em 24/11/10, v.u., DJ-e 30/11/10)

“RECURSO ADMINISTRATIVO - DECISÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL EM GRAU DE RECURSO - NÃO CONHECIMENTO - PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Órgão Especial desta Corte Regional a revisão de decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em grau de recurso. Precedentes.

2. Recurso não conhecido.”

(PA nº 2008.03.00.001539-5, Rel. Des. Federal Roberto Haddad, julgado em 29/04/09, v.u., DJ-e 11/05/09)

Em seu recurso, o agravante não apresenta nenhum fundamento apto à reforma da decisão.

Diversamente do alegado pelo recorrente, os julgados transcritos no *decisum* agravado negaram seguimento a recursos interpostos contra decisões do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região - e não do E. Conselho de Administração do Tribunal.

Outrossim, ainda que os precedentes em questão tenham decidido casos envolvendo Juízes Federais, é inegável que a *ratio decidendi* neles esposada aplica-se com perfeição ao presente processo. Note-se, ademais, que este E. colegiado já adotou idêntico entendimento em relação a casos envolvendo servidores públicos, como ocorreu, a exemplo, no julgamento do PA nº 1999.03.00.052486-9, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, v.u., j. em 17/12/99, DJU 28/03/00; e do PA nº 96.03.064140-5, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, v.u., j. 12/12/02, DJU 14/09/06. Confirma-se, ainda, a decisão monocrática proferida pelo E. Des. Fed. André Nabarrete, nos autos do PA nº 0023298-45.2013.4.03.0000, em 04/11/13.

Anoto, ademais, que, conforme se extrai do art. 46, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, o recurso administrativo previsto no art. 11, II, “m”, é cabível unicamente contra decisões proferidas pelo E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região no exercício de sua *competência originária*, não autorizando, assim, um eventual *segundo* recurso contra decisões prolatadas pelo órgão em *sede recursal*. Neste sentido, trago à colação precedente deste E. Órgão Especial sobre o tema:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - RECURSO - DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO EM SEDE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO ÓRGÃO ESPECIAL - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE - ORDEM DENEGADA.

I - Mandado de segurança impetrado contra acórdão proferido pelo Órgão Especial desta Corte, que não conheceu de recurso administrativo interposto contra decisão proferida pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região em grau de recurso.

II - Não cabe ao Órgão Especial deste Tribunal a revisão de decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal quando este órgão já as tenha proferido valendo-se de sua *competência recursal*.

III - A revisão das decisões do Conselho pelo Órgão Especial pode ocorrer quando o ato impugnado seja afeto ao Conselho dentro de sua *competência originária*. “In casu”, trata-

se de decisão proferida em grau recursal, descabendo, por conseguinte, nova rediscussão da matéria na esfera administrativa.

IV - O esgotamento da via administrativa dentro do Poder Judiciário não afasta ou impede a reapreciação da matéria pelo próprio Poder Judiciário, desta feita valendo-se de seu atributo típico, qual seja, o poder jurisdicional.

V - Inexistência de ilegalidade ou abusividade.

VI - Precedentes desta Corte

VII - Ordem denegada.

(MS nº 0031316-94.2009.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, v.u., j. 27/02/13, DJe 05/03/13, grifos meus)

Assim sendo, não merece reparos o *decisum* impugnado.

Outrossim, o não conhecimento do recurso de fls. 282/290, inviabiliza a apreciação das alegações formuladas pelo recorrente com vistas a demonstrar o desacerto da decisão proferida pelo E. CJF-3ª Região.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0014045-96.2014.4.03.0000

(2014.03.00.014045-1)

Agravante: GABRIEL BAIDA GAROFALO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 399/401

Agravante: GABRIEL BAIDA GAROFALO

Agravadas: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AI 533062

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO. ART. 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS AO CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. INAPTIDÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não se verifica vício de legalidade na exclusão de candidato de concurso público, quando se tem que o edital tornou públicos os critérios objetivos de avaliação psicológica, conferindo ao participante do certame efetivo acesso ao resultado do exame, sendo-lhe oportunizada, ainda, apresentação de recurso, devidamente apreciado pela comissão examinadora.

2. Agravo desprovido.

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, após o voto-vista do Desembargador Federal Mairan Maia, que dava provimento ao agravo interno, o Desembargador Federal Relator retificou seu voto anteriormente proferido para amoldá-lo ao voto-vista, no que foi acompanhado pelo voto do Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, a turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo, nos termos do voto retificado do relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de agravo previsto no art. 557, §1º, do Código de Processo Civil, interposto por Gabriel Baida Garofalo, contra a r. decisão monocrática de f. 399-401.

Alega o agravante, em síntese, que: a) as disposições do edital do concurso não permitem o devido acesso aos documentos e testes que fundamentaram sua reprovação; b) já foi

aprovado em prova de aptidão psicológica em outro concurso, para cargo semelhante ao do presente certame.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator):

A decisão monocrática de f. 399-401 foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Gabriel Baida Garofalo*, inconformado com a r. decisão proferida às f. 364-371 da ação de rito ordinário nº 0000347-56.2014.4.03.6100, proposta em face da União e do Centro de Seleção e Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESP/UNB) e em trâmite perante o Juízo Federal da 14ª Vara Cível de São Paulo/SP, que indeferiu pedido de antecipação de tutela.

O agravante busca autorização judicial para prosseguir nas demais fases do concurso público para o cargo de Escrivão da Polícia Federal, alegando, em síntese, que:

- a) “o exame psicológico aplicado não avalia devidamente os candidatos, uma vez que o agravante nunca apresentou qualquer problema mental” (f. 8 deste instrumento);
- b) “a decisão de inaptidão, impedindo o exercício do cargo não fundamenta especificamente o motivo do impedimento” (f. 8 deste instrumento);
- c) o recorrente “não teve o acesso necessário à fundamentação de sua reprovação” (f. 10 deste instrumento).

É o sucinto relatório. Decido.

Extraí-se do edital, cuja cópia foi acostada às f. 35-80 dos autos, o caráter eliminatório da avaliação psicológica (item 1.3.1, alínea “e” - f. 36 deste instrumento). Além disso, as condições psicológicas exigidas dos candidatos são disciplinadas pelos anexos III e IV (f. 38 e 77-78 deste instrumento).

No presente caso, à vista do disposto no art. 9º, VII, da Lei nº 4.878/1965, não há vício de legalidade na exclusão do agravante do certame, não havendo, destarte, como acolher a tutela pretendida.

De fato, o edital torna públicos os critérios objetivos de avaliação psicológica do candidato (item 12.3 do edital - f. 48-49). Ao agravante foi conferido efetivo acesso ao resultado do exame (f. 177-122 e 123-128 deste instrumento), sendo-lhe oportunizada, também, apresentação de recurso (f. 129-131), o qual foi devidamente apreciado pela comissão examinadora (f. 132-134). Além disso, a crítica apresentada por psicóloga contratada pelo recorrente quanto aos critérios utilizados pela banca examinadora (f. 135-138 deste instrumento) não autoriza o afastamento das conclusões formalmente alcançadas na avaliação feita pela banca examinadora constituída por psicólogos.

Neste cenário, não cabe ao Poder Judiciário revisar o ato administrativo que excluiu o recorrente do certame. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS AO CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. PERFIL PROFISSIONAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. CANDIDATO CONSIDERADO NÃO APTO. DECRETO Nº 6.944/2009 COM A REDAÇÃO DO DECRETO Nº 7.308/2010. REPROVAÇÃO EM TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. NOVA OPORTUNIDADE. INADMISSIBILIDADE.

1. Essa Corte já firmou entendimento acerca da legalidade da exigência de realização de exames psicotécnicos, desde que: a) sejam elaborados de forma objetiva, b) possam ser recorríveis administrativamente, c) realizados com prévia e pública notícia dos fatores

específicos que serão ponto de análise, dos testes a serem realizados, dos critérios decisórios em face deles, da justificação minuciosa dos laudos determinantes da reprovação do concorrente, e, d) identifiquem os especialistas que irão se responsabilizar pelos exames e conclusões técnicas finais.

2. O Decreto nº 6.944 de 21 de agosto de 2009, vedou a realização de exame psicotécnico em concurso público para aferição de perfil profissiográfico. Apenas treze meses depois, em 22/09/2010, foi editado o Decreto nº 7.308, que mudou a redação do art. 14 do Decreto nº 6.944 e acrescentou o artigo 14-A ao referido diploma, suprimindo a vedação à aferição do perfil profissiográfico. Logo, não mais subsiste a anterior vedação à aferição de tal perfil.

3. *Na hipótese, o edital regente do processo seletivo observou a critérios objetivos quanto aos testes psicológicos, além de se ter conferido ao candidato amplo acesso a documentação e laudos técnicos que o consideraram não recomendado.*

4. Quanto ao pedido de aplicação de novo exame de aptidão física, o Supremo Tribunal Federal proclamou entendimento de que a abertura de nova oportunidade a candidato reprovado em exame físico viola o princípio da isonomia (Recurso Extraordinário nº 351.142-4/RS; Rel. Min. Ellen Gracie). Demais disso, não cabe ao Judiciário, salvo as hipóteses de ilegalidade ou desvio de poder, imiscuir-se nos critérios utilizados para a avaliação física do candidato, contidos no edital do concurso, e refutar o resultado do teste, ministrado por profissionais capacitados, que a consideraram inapta no teste físico.

5. *Apelação improvida.”*

(AC 0014421-63.2010.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1092 de 21/06/2013 - sem grifos no original)

“APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PARA ESCRIVÃO DE POLÍCIA FEDERAL - IRRECORRIBILIDADE DO RESULTADO DE EXAME PSICOTÉCNICO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - IMPROVIMENTO.

1. O autor, ora Apelado, teve assegurada sua participação nas demais etapas do concurso público para o cargo de Escrivão da Polícia Federal, mediante liminar deferida na Ação Ordinária nº 95.64995-0 confirmada por sentença transitada em julgado, obtendo aprovação em todas as etapas do certame, inclusive no curso de formação. Em razão disso, ingressou com a presente ação ordinária, objetivando nomeação e posse no referido cargo, tendo sido julgado procedente o pedido, com a confirmação da tutela antecipada deferida.

2. *A avaliação psicológica dos candidatos a cargo no Departamento de Polícia Federal contra previsão legal (arts. 9º, VII, da Lei nº 4.878/65, 3º, da Lei nº 9.654/98 e 8º, III, do Decreto-Lei nº 2.320/87), não havendo espaço para discricionariedade do Administrador quanto a sua realização ou não.*

3. *É pacífica a orientação jurisprudencial acerca da admissibilidade do psicotécnico no concurso em questão que, por sua vez, não pode ser pautado por critérios subjetivos e sigilosos, tampouco não admitir recursos ou pedido de revisão da avaliação realizada. Precedentes: TRF5, 200983000122546, Des. Fed. Fernando Braga, Segunda Turma, DJE - Data::27/06/2013; AGA 201000675851, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2010; TRF1, AGRAC 200634000124875, Des. Fed. JOÃO BATISTA MOREIRA, Quinta Turma, e-DJF1 DATA:17/10/2012.*

4. No caso, consta no edital que o exame psicotécnico consistirá de técnicas psicológicas visando a aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional para a qual se inscreveu, compreendendo a aplicação e avaliação de baterias de testes projetivos, de inventário de personalidade, de nível mental e entrevista, e que para ser considerado apto o candidato deverá se adequar à profissiografia da categoria funcional respectiva.

5. *A noção de comportamento adequado está intimamente relacionada ao cargo específico*

para o qual o candidato concorre, sendo certo que tal conceito jurídico tem previsão não apenas no edital, mas na normatização legal a respeito do concurso.”

(APELRE 200451020015656 APELRE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 429010 Relator(a) Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador QUINTA TURMA ESPECIALIZADA Fonte E-DJF2R - Data::24/02/2014 Data da Decisão 11/02/2014 Data da Publicação 24/02/2014 - sem grifos no original)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. CANDIDATO NÃO RECOMENDADO. VALIDADE DO EXAME. ULTERIOR VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL. ART. 14 DO DECRETO 6.944/2009. NOVA REDAÇÃO DADA PELO DECRETO 7.308/2010. RESTRIÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL AFASTADA. APELAÇÃO PROVIDA. I - À vista da autorização constitucional (CF, art. 37, I), é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público destinado ao provimento de determinados cargos ou empregos públicos, desde que prevista em lei (STF, AI 692194 AgR/DF, RE 340413 AgR/RN; STJ. REsp 328748). A exigência do exame psicotécnico no concurso público para o provimento do cargo de escrivão da polícia federal encontra previsão no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 4.878/65 e art. 8º, inciso III, do Decreto Lei nº 2.320/87.

II - Ausente falha da comissão do certame, quanto aos critérios utilizados pela Administração e ao resultado obtido pelo candidato no exame psicotécnico, que em seu proceder cuidou criteriosamente no atendimento aos mandamentos legais e princípios constitucionais, pelo que não se há falar em possibilidade de o Poder Judiciário questionar os critérios e métodos utilizados pelos examinadores, haja vista ser vedado substituir-se à Banca Examinadora, perquirindo critérios de oportunidade e conveniência que incumbem apenas ao administrador.

III - Em cumprimento ao disposto no em cumprimento ao disposto no Edital nº 14/2009, o exame psicológico em questão tomou por base, para a avaliação dos candidatos, o perfil profissional do cargo, o que passou a ser vedado pelo Decreto nº 6.944, de 21/08/2009, o qual dispõe, entre outras coisas, sobre normas gerais relativas a concursos públicos.

IV - Mesmo que se entenda que o Decreto nº 6.944/2009, porquanto editado no uso da atribuição conferida pelo art. 84, VI, alínea ‘a’, da Constituição Federal, configure decreto autônomo e, logo, tenha força normativa para revogar a legislação anterior, ele não pode retroagir para modificar o resultado da prova já realizada e, muito menos, os editais do certame. Ademais, o artigo 14, do Decreto nº 6.944/2009 teve sua redação modificada pelo Decreto 7.308/2010, de tal forma que a restrição à utilização do exame psicotécnico para a aferição de perfil profissional foi afastada.

V - Apelação e remessa oficial providas.”

(PROCESSO: 200983000198459, APELREEX16084/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 13/12/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 16/12/2011 - Página 297 - sem grifos no original)

Ante o exposto, *NEGO SEGUIMENTO* ao recurso, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil.

Portanto, não havendo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, mantenho-a por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0016219-78.2014.4.03.0000

(2014.03.00.016219-7)

Agravante: MARIA LUCIA DE MORAES BORGES CALDERONI

Agravado: UNIÃO FEDEAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA SÃO PAULO – SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AI 534573

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAD. SERVIDOR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PENALIDADE DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. AGRAVO PROVIDO.

1. A doutrina e a jurisprudência hodiernamente têm entendido que o controle judicial do ato administrativo que culmine em aplicação de penalidade disciplinar é amplo no que diz respeito ao aspecto da legalidade, podendo alcançar, sobretudo, os motivos que levaram à prática do ato.
2. Nesse sentido, a Administração Pública, assim como o Judiciário, também deve observar na sua atuação os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que são diretamente decorrentes da legalidade.
3. Sendo assim, considera-se ilegal o ato que estabelece uma penalidade grave desproporcional e desarrazoada em relação aos fatos e motivos expostos na decisão.
4. Saliento ainda que não restou comprovado nenhum efetivo prejuízo à Administração Pública em razão do exercício da atividade de docência pela agravante, razão pela qual me parece desproporcional e desarrazoada a aplicação da medida imposta.
5. É importante ressaltar que as penas de demissão e cassação de aposentadoria são as mais graves que podem ser aplicadas ao servidor, de modo que os fatos ensejadores de tais punições são aqueles que realmente se destacam das ocorrências que comumente se vê no serviço público, do contrário, acaba-se banalizando o ato de punir.
6. Ainda, os atos que caracterizam a improbidade administrativa são aqueles que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário ou que contrariam os princípios da Administração Pública, consoante dispõe a Lei 8.429/92, o que *in casu* não restou comprovado.
7. De outra ponta, a desídia capaz de ensejar penalidade assaz grave é aquela contumaz, corriqueira, em que fica evidenciado verdadeiro abuso por parte do servidor e, consequentemente, causa verdadeiro prejuízo e transtorno à continuidade da prestação do serviço público, o que também não se evidenciou.
8. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento*

ao agravo para que seja restabelecido o pagamento dos proventos da agravante até decisão final na ação anulatória e julgo prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo interposto por Maria Lúcia de Moraes Borges Calderoni contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada.

O presente recurso foi extraído dos autos da ação anulatória nº 0002699-84.2014.4.03.6100 promovida pela agravante em face da União Federal em razão de processo administrativo disciplinar que culminou com a cassação de sua aposentadoria.

Nos autos principais foi feito pedido de tutela antecipada para: a) retirar a negativação da agravante do Portal da Transparência, pois a pena expulsória não é definitiva, já que pende julgamento de recurso; e b) determinar à União que retome os pagamentos da aposentadoria da agravante até a decisão definitiva, tendo sido, todavia, indeferido.

Narra a inicial do agravo que foi imputada à agravante a prática de improbidade administrativa, porque:

a) teria se ausentado de suas atividades de auditora fiscal, em razão de licenças médicas e por motivo de doença em família, sendo que exercia nesse período atividade remunerada no Instituto Sedes Sapientiae; e

b) atuava como docente, desde 01/11/1994, na área de psicologia no Instituto Sedes Sapientiae concomitantemente ao seu horário de trabalho como auditora fiscal.

Sustenta que os fatos a que se refere o PAD datam de 1999 e que não provocaram nenhum prejuízo ao erário.

Afirma que, atualmente, o processo encontra-se em fase de apreciação de recurso de reconsideração, o qual ainda não foi apreciado, e que, apesar disso, foi imposta a pena de cassação de aposentadoria com supressão de seus proventos.

Defende que está comprovada a verossimilhança das alegações, tendo em vista a desproporcionalidade da pena e por não estar caracterizado nenhum ato de improbidade administrativa, bem como o dano de difícil reparação reconhecido pelo Juízo *a quo*.

Requer a liminar para que seja determinado o restabelecimento dos proventos da agravante até decisão final na ação anulatória.

A liminar foi deferida.

Contra essa decisão a União Federal interpôs agravo regimental.

Contraminuta às fls. 528/532.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Consta dos autos que, em razão de desídia e da prática de ato de improbidade administrativa, foi decretada a cassação da aposentadoria da agravante, uma vez que atuava concomitantemente como Auditora Fiscal da Receita Federal e docente com vínculo empregatício em entidade privada na área de psicologia, em horário comercial, inclusive durante períodos de licenças.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário somente pode ocorrer no âmbito da legalidade, não se permitindo adentrar no controle do mérito.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência hodiernamente têm entendido que o controle judicial do ato administrativo que culmine em aplicação de penalidade disciplinar é amplo no que diz respeito ao aspecto da legalidade, podendo alcançar, sobretudo, os motivos que levaram à prática do ato.

Nesse sentido, a Administração Pública, assim como o Judiciário, também deve observar na sua atuação os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que são diretamente decorrentes da legalidade.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal.

[...]

Outro ponto importante a ser observado reside na necessária obediência da Administração ao princípio da proporcionalidade (ou adequação punitiva), atualmente inegável garantia do administrado ou servidor contra abusos de autoridade. Significa que a aplicação desproporcional de penalidade mais grave do que exigiria a infração funcional constitui ato ilegal, suscetível de anulação na via administrativa ou judicial, sem prejuízo, é claro, da possibilidade de ser aplicada a sanção adequada à conduta ilícita.

(in Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas, p. 40 e 984)

Sendo assim, considera-se ilegal o ato que estabelece uma penalidade grave desproporcional e desarrazoada em relação aos fatos e motivos expostos na decisão.

Da análise dos documentos acostados ao presente instrumento, entendo que a atuação da Administração Pública foi desproporcional e desarrazoada.

Com efeito, a agravante exerceu atividade de Auditora Fiscal junto à Receita Federal durante 23 anos, tendo ingressado no Serviço Público Federal em abril de 1987 e vindo a se aposentar em 20/12/2010.

Durante esse período, a servidora atuou paralelamente como docente na área de psicologia no Instituto Sedes Sapientiae, em que era contratada como empregada.

Primeiramente, alega-se no PAD que, no caso, não havia compatibilidade de horários, razão pela qual a acumulação de cargos era ilegal, consoante dispõe o artigo 37, XVI, da Constituição Federal.

Observe, contudo, que, das provas dos autos, sobretudo a testemunhal, os horários de trabalho eram facilmente ajustáveis de modo a serem compatíveis entre si.

Como asseverou o próprio denunciante Cléber Ramos da Silva, em seu depoimento prestado durante a instrução processual, a servidora exercia atividade de fiscalização externa, estava dispensada da assinatura do livro de ponto e não havia um horário predeterminado de trabalho, contanto que fossem cumpridas as 8 horas diárias.

11) Indagado se em razão de suas atividades funcionais a Sra. Maria Lúcia tinha que assinar ou estava dispensada da folha de ponto, respondeu que a servidora estava dispensada da assinatura da sua folha de ponto, que o único formulário que ela tinha que assinar era o referente à indenização de transporte, que também era assinado pelo chefe de equipe, que no caso era o depoente; que também tinha que preencher o RHAF informando as horas aplicadas a cada procedimento fiscal em cada mês; 12) Indagado se existe alguma determinação sobre qual período que deve ser utilizado para aplicar as horas trabalhadas na fiscalização para o preenchimento do RHAF, respondeu que não há um período determinado para que seja aplicada as horas trabalhadas na fiscalização, desde que seja aplicada 8 horas para cada dia útil no mês. (fl. 205 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204)

Vê-se, pois, que havia certa flexibilidade no exercício da atividade de fiscalização, inclusive, quanto ao horário de trabalho, o que provavelmente permitia a atuação da servidora como docente sem nenhum prejuízo ao serviço público, até mesmo porque, segundo consta dos autos, a carga horária de trabalho no Instituto Sedes Sapientiae variava de 2 a 10 horas semanais, as quais eram distribuídas durante os dias da semana de maneira flexível, conforme se depreende do documento às fls. 184/185 e do interrogatório da agravante às fls. 246/251 do vol. 2 do PAD constante da mídia à fl. 204.

Ademais, são extremamente descabidas as alegações do denunciante quanto a eventual necessidade de a servidora comunicar-lhe o vínculo empregatício que possuía fora do serviço público, ou quanto ao fato de que exercer atividades paralelas às da Receita Federal poderiam comprometer o seu rendimento na fiscalização.

A uma porque não há qualquer norma que determine a necessidade de a servidora informar suas atividades pessoais ao superior hierárquico, como, aliás, o próprio denunciante Cléber admitiu. A duas porque, sendo cumpridas as 8 horas diárias de trabalho, não há qualquer ilegalidade na dificuldade encontrada pela agravante no exercício da atividade de fiscalização.

Anote-se que em seu depoimento o denunciante afirma que jamais teve uma conversa específica com a servidora sobre dificuldades que ela estaria encontrando no trabalho, aduzindo ainda que o trabalho era de fato complexo, mas que a sua equipe cumpria cerca de 75% das metas.

Portanto, nesse ponto, a princípio, nada de ímprobo ou desidioso pode ser atribuído à servidora.

Alega-se também que a agravante tirou licenças médicas e licenças em razão de doença em pessoa da família, conforme demonstram os documentos de fls. 264/268 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204, mas que teria atuado como docente nesse período.

Todavia, como já mencionado acima e como informou o próprio Instituto Sedes Sapientiae, além de haver declarações da servidora nesse sentido, os horários de trabalho como docente eram flexíveis, sendo certo que o fato de o nome da agravante constar no site do instituto não permite ter absoluta certeza de que ela tenha de fato participado dos eventos ali anunciados. Veja-se trecho do interrogatório:

Diz a interrogada que a *atividade no Instituto Sedes Sapientiae era pouco tempo, extremamente flexível*, não lembra de cada situação, mas em alguns momentos que esteve sem condições de trabalhar a semana inteira, para ir trabalhar poucas horas ela conseguia e ia,

tinha muita flexibilidade, tinha semanas que não ia, em outras ia, quando estava boa, sempre teve flexibilidade do Instituto Sedes Sapientiae.

[...]

PERGUNTA Nº 11: No ano de 2009, a interrogada ausentou-se das atividades de auditora fiscal por 322 (trezentos e vinte e dois) dias por licença para tratamento de saúde, qual a enfermidade sofrida? Nesse mesmo ano, consta nos autos que a interrogada trabalhou durante 52 (cinquenta e dois) dias no Instituto Sede Sapientiae, fl. 221, além de coordenar o grupo de estudo “Introdução à Psicanálise e a Psicopatologia Psicanalítica”, fl. 117. O que a interrogada tem a dizer sobre o assunto? RESPOSTA: Diz a interrogada que foi em janeiro de 2009 foi assaltada e agredida violentamente por uma pessoa que tentou entrar em sua casa e que quebrou o vidro de seu carro e a machucou, que conseguiu fugir, que foi terrível, que chamou a polícia, que esta disse que era um drogado, depois disso, além de ter dor nas costas, entrou em processo de pânico, que a psiquiatra disse ser estresse pós traumático, que ficou muito desestruturada, que demorou a se recuperar; *diz que não coordenou o citado grupo, que foi divulgado na internet mas que não estava trabalhando, que no Instituto Sedes Sapientiae trabalhou com redução muito grande de carga horária, que não estava em condições de trabalhar completamente*, que não aparecia, às vezes ia de forma mais pontual, que isso foi acolhido por causa de sua doença, e que acabou combinando com o Instituto Sedes Sapientiae que, como recebeu salário em 2009, em 2010 e 2011 seu salário seria reduzido, para pagar, compensar o que não trabalhou em 2009, diz que poderia ter apresentado no Instituto Sedes Sapientiae o atestado que apresentou na RFB mas que não apresentou para não ter insanidade mental por ficar em casa, quando ia ao Instituto Sedes Sapientiae ficava pouco, tem períodos que ia pouco, mas não tinha condições nenhuma de trabalhar 40 horas semanais, que sua psiquiatra sabia que sua atividade na RFB era o dia inteiro, que ela podia trabalhar pouco, que esse ano foi muito precário, que o Instituto Sedes Sapientiae reduziu seu salário em 2010 para compensar o que recebeu em 2009 e não trabalhou; acrescenta que com certeza apresentou atestados no Instituto Sedes Sapientiae de 10, 15 dias, mas não entrou em auxílio-doença; (fls. 246/251 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204)

Acrescente-se que com exceção da licença deferida no ano de 2009, todas as demais licenças foram pontuais e referentes a doenças corriqueiras (*vide* fls. 264/268 do volume 2 do PAD constante da mídia à fl. 204), as quais, apesar de ensejarem o afastamento formal do servidor na função pública, não necessariamente ensejam a mesma formalização junto ao empregador privado, que, sabidamente, é bem menos burocrático.

Além disso, é de se anotar que o fato de o servidor tirar licença médica não exige que ele fique afastado de toda e qualquer atividade, até mesmo porque uma doença pode impedir a pessoa de exercer determinado ofício, mas não a impedir de exercer outro.

Saliento ainda que não restou comprovado nenhum efetivo prejuízo à Administração Pública em razão do exercício da atividade de docência pela agravante, razão pela qual me parece desproporcional e desarrazoada a aplicação da medida imposta.

É importante ressaltar que as penas de demissão e cassação de aposentadoria são as mais graves que podem ser aplicadas ao servidor, de modo que os fatos ensejadores de tais punições são aqueles que realmente se destacam das ocorrências que comumente se vê no serviço público, do contrário, acaba-se banalizando o ato de punir.

Ainda, os atos que caracterizam a improbidade administrativa são aqueles que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário ou que contrariam os princípios da Administração Pública, consoante dispõe a Lei 8.429/92, o que *in casu* não restou comprovado.

De outra ponta, a desídia capaz de ensejar penalidade assaz grave é aquela contumaz,

corriqueira, em que fica evidenciado verdadeiro abuso por parte do servidor e, consequentemente, causa verdadeiro prejuízo e transtorno à continuidade da prestação do serviço público, o que também não se evidenciou.

Vejam-se abaixo casos semelhantes ou mesmo mais graves em que foi afastada a pena de demissão:

..EMEN: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR-ADJUNTO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM OUTRO CARGO DE PROFESSOR DA REDE PRIVADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APURAÇÃO DE ATOS DE INSUBORDINAÇÃO. PENA DE DEMISSÃO DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO PARA CONCEDER A ORDEM DE SEGURANÇA. 1. A jurisprudência do STJ admite, excepcionalmente, a concessão de efeito modificativo ao julgado em embargos de declaração. 2. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo. 3. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo para conceder a ordem de segurança. ..EMEN:

(STJ, Terceira Seção, EDMS 200400123568, Celso Limongi, DJE 03/08/2009)

..EMEN: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. EXCLUSÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA E ACUSAÇÃO. INVERSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS PELA COMISSÃO PROCESSANTE. IRRELEVÂNCIA PARA O RESULTADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE AFASTADA. COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR. COMPETÊNCIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ATO DEMISSIO-NAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PENALIDADE. EXCLUSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. [...] V - Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009; MS nº 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26/9/2008; MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 15/2/2008). VI - Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e individualização da pena (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009 MS nº 8.693 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001). VII - Na espécie, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de exclusão imposta ao recorrente, tendo em vista os antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao serviço público, bem como a comprovada boa-fé. [...]

(STJ, Quinta Turma, ROMS 200802788050, Felix Fischer, DJE 30/03/2009)

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICO. ANULAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DEMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELAS REMUNERAÇÕES NÃO PERCEBIDAS. CABIMENTO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS 1. Conquanto não caiba ao Poder Judiciário examinar a

conveniência ou oportunidade da aplicação das sanções administrativas, cabe-lhe examinar a legalidade, o que importa em verificar se adequada a pena aos fatos apurados, dentro dos contornos da razoabilidade e proporcionalidade, expressamente previstos no art. 2º da Lei 9.784/99. 2. Na imposição da pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, confrontando a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade do servidor e seus antecedentes, de forma a demonstrar a adequação da sanção aplicada (art. 128 da Lei 8.112/90). 3. A conduta da autora não implicou dano ao erário nem consubstanciou comportamento padronizado. Deve sopesar-se, ainda, as condições adversas e desfavoráveis da região em que a autora atuava, cuja base territorial compreendia 23 Municípios (Vara do Trabalho de Tocantinópolis) e 31 Municípios (Vara do Trabalho de Guaraí. 4. Não houve, por parte da servidora, desvio de poder (abuso na finalidade do ato), vertente mais grave de abuso de poder administrativo. Ou seja, a autora cometeu irregularidades precipuamente internas à entidade, que não lhe trouxeram proveito pessoal algum, revelando a baixa reprovabilidade de sua conduta. 5. Nesse sentido, a pena de demissão aplicada à autora não guardou proporcionalidade e razoabilidade aos fatos ocorridos. A desídia a ser considerada para a demissão é aquela contumaz, decorrente de sucessivos e injustos descumprimentos dos deveres funcionais, capaz de causar prejuízo ou transtorno ao serviço público. 6. Evidenciado o excesso na aplicação da penalidade, deve ser afastada a pena de demissão, ficando ressalvado à Administração o direito de renovar o PAD na forma prevista na Lei nº 8.112/90. 7. Tem a autora o direito de ser reintegrada no seu cargo, com o reconhecimento de seu período de afastamento para todos os fins e indenização pelas remunerações não percebidas no período de afastamento e demais consectários remuneratórios (13º salário, férias e progressões funcionais). 8. Juros e correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal em vigor à época da atualização. 9. Danos morais indevidos, visto que a decisão aqui proferida apenas censura a proporcionalidade da sanção aplicada, não negando a prática do ilícito pela apelante, ausente, na espécie, responsabilidade por parte da Administração. 10. Honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação. 11. Apelação da autora parcialmente provida. Tutela antecipada concedida.

(TRF1, Primeira Turma, JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES (CONV.), e-DJF1 DATA: 04/04/2014 PAGINA: 608)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EFETIVO DE TÉCNICO EM CONTABILIDADE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA. PENALIDADE DE DEMISSÃO. INAPLICABILIDADE. OBSERVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E DOS ANTECEDENTES FUNCIONAIS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. LEI 8.112/90. 1. “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos causados que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Inteligência do artigo 128 da Lei 8.112/90. 2. Embora o servidor tenha recebido indevidamente diárias relativas a deslocamentos desnecessários entre a sede de sua lotação para outros locais, sem a devolução espontânea ao erário público de tais valores, a aplicação da pena de demissão se revelaria atentatória aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Impedido o autor de exercer a sua atividade funcional, com prejuízo para sua subsistência e de sua família, caracterizado está o *periculum in mora*. 4. Agravo de Instrumento não provido.

(TRF5, AG 200505000162589, Quarta Turma, Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJ 14/03/2007)

Dessa forma, entendendo estar presente a verossimilhança do direito alegado e, como o próprio Juiz *a quo* reconheceu, também está evidenciado o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, haja vista “que a cassação do pagamento de aposentadoria pago à parte-

autora certamente é capaz de afetar o acesso a bens e serviços relevantes”.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo para que seja restabelecido o pagamento dos proventos da agravante até decisão final na ação anulatória e julgo prejudicado o agravo regimental.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO**0030200-77.2014.4.03.0000****(2014.03.00.030200-1)**

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL - COREN/MS

Agravada: UNIMED CAMPO GRANDE MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 546322

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Enfermagem de Mato Grosso do Sul contra a decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela em ação civil pública nestes termos:

Trata-se de pedido de medida liminar, em sede de ação civil pública, pelo qual pretende o autor provimento jurisdicional que determine “que todos os transportes de pacientes com as ambulâncias do serviço SOS UNIMED, ou qualquer outra nomenclatura que venha a ter, passem a ser realizados com a presença de enfermeiro na tripulação da ambulância”.

Como fundamento de tal pedido, argumenta que, através de fiscalização, constatou-se que, apesar dos prazos concedidos para adequação ao normativo da Resolução COFEN nº 375/2011, a ré, durante a prestação do serviço denominado SOS UNIMED, não mantém em suas ambulâncias um enfermeiro, eis que “saem para resgate de pacientes sendo tripuladas somente por um profissional de enfermagem de nível médio (técnico ou auxiliar de enfermagem), um socorrista/motorista e, quando necessário, um médico que esteja de plantão na equipe de pronto atendimento.” Afirma que existe um enfermeiro na equipe, responsável administrativo, o que impossibilita que ele acompanhe, na ambulância, todos os atendimentos.

Defende, outrossim, que a sistemática adotada pela ré afronta a Resolução COFEN nº 375/2011, bem como a Lei nº 7.498/86 e a Portaria nº 356/2013, do Ministério da Saúde.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 18/230.

Instada, a ré pugnou pelo indeferimento do pedido, defendendo, em resumo, que o autor não detém competência para ingerir em suas atividades; que não há previsão legal de atuação exclusiva de enfermeiros nas ambulâncias do serviço SOS UNIMED; e, que possui equipe altamente capacitada, inexistindo necessidade de que tenha um enfermeiro em todos os atendimentos das ambulâncias (fls. 237/239).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da tutela antecipatória pleiteada (fls. 281/282).

É o relato do necessário.

Decido.

Na espécie, o deferimento do provimento jurisdicional vindicado em sede de liminar pressupõe a existência concomitante dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Neste primeiro juízo de cognição sumária, tenho que não está suficientemente demonstrado aquele primeiro requisito.

Conforme se infere da própria inicial, a ré mantém um enfermeiro como responsável administrativo do serviço de que se trata (SOS UNIMED).

Tal fato é, pois, incontroverso. A controvérsia entabulada diz respeito à necessidade, ou não, de que em todos os atendimentos as ambulâncias contem com a presença de um enfermeiro

em sua tripulação.

A Lei nº 7.498/86 assim dispõe:

[...]

Do que se extrai da lei que regulamenta a profissão da enfermagem, ao menos em princípio, não vislumbro a obrigação, por parte da ré, em manter na tripulação das ambulâncias do serviço SOS UNIMED, um enfermeiro. Para adequar-se às regras acima transcritas, a ré deve sim manter em seus quadros um profissional enfermeiro para orientar e supervisionar as atividades desempenhadas pelos técnicos e auxiliares de enfermagem que atuam nesses serviços; o que, do que consta da própria inicial, está sendo observado pela ré (há enfermeiro responsável por esses serviços).

Registro que, conforme se infere dos dispositivos legais acima transcritos, as atividades desenvolvidas pelos profissionais de nível técnico (auxiliar e técnico de enfermagem) devem ser supervisionadas e orientadas pelo enfermeiro, não havendo obrigação de que este fique presente, o tempo todo, em serviços externos, de ambulância, acompanhando os serviços daqueles. No que tange à Resolução nº 375/2011, tenho que ao dispor que “a assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro”, o Conselho Federal de Enfermagem está desbordando seus limites normativos, eis que, ao menos em princípio, tal obrigatoriedade não encontra respaldo na lei que regulamenta a profissão de enfermagem.

Ademais, a Portaria nº 356/2013, do Ministério Público de Saúde, trata apenas do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU; ou seja, não é direcionada aos serviços de transporte particular, e, por isso, não poderá servir de embasamento para compelir a ré a observá-la.

A respeito da não obrigatoriedade de se manter enfermeiro na tripulação de unidades móveis, transcrevo, porque pertinente, a ementa já colacionada pela ré em sua manifestação:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE GOIÁS. UTIS MÓVEIS. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE PROFISSIONAL ENFERMEIRO. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL. UTILIZAÇÃO DE TÉCNICO OU AUXILIAR DE ENFERMAGEM SOB A SUPERVISÃO DE PROFISSIONAL ENFERMEIRO. POSSIBILIDADE.

1. A lei 7.498/86, a qual dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, não obriga a presença de um profissional enfermeiro em cada Unidade de Tratamento Intensivo Móvel.

2. A equipe das UTIs móveis pode ser composta por um motorista, um médico intensivista e um técnico ou auxiliar de enfermagem, desde que a empresa possua um profissional enfermeiro para coordenar os demais profissionais de enfermagem de nível médio.

3. A presença de um enfermeiro em cada ambulância, apesar de qualificar a equipe com mais um profissional de nível universitário, não é exigida pela Lei 7.498/86, a qual obriga apenas que as empresas tenham um profissional enfermeiro na direção do órgão de enfermagem.

4. Apelação a que se nega provimento”. - destaquei

(AC 200435000071130, JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, TRF1 - 7ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:04/11/2013 PAGINA:287.)

Ausente, portanto, o *fumus boni iuris*.

Diante do exposto, indefiro o pedido de tutela antecipada.

No mais, aguarde-se a vinda da contestação.

Intimem-se. Ciência ao Ministério Público Federal.

Nas razões recursais a agravante reitera que a obrigatoriedade da presença de enfermeiro durante o transporte de pacientes em ambulâncias decorre da própria Lei nº 7.498/86 e do exercício do poder regulamentar do COGEN que lhe é concedido pela Lei nº 5.905/73.

Insiste em que não bastam a orientação e a supervisão à *distância* praticadas pelo enfermeiro, sendo certo que tal profissional deve, sim, estar presente durante a realização

de procedimentos de cuidado de saúde ao paciente, especialmente em casos graves como os transportes em ambulância.

Destaca, por fim, que a Resolução COFEN nº 375/2011 foi expedida dentro do poder regulamentar do Conselho, e que se a Portaria nº 356/2013 do Ministério da Saúde exige a presença de enfermeiro nas remoções efetuadas pelo SAMU, com muito mais razão deve ser atendida a mesma exigência no atendimento particular.

Decido.

Se a Portaria nº 356/2013 do Ministério da Saúde impõe a presença de enfermeiro nas remoções efetuadas pelo SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência), não há porque as entidades privadas de prestação suplementar de saúde - que buscam apenas o intuito do LUCRO - sejam eximidas da mesma obrigação.

Ademais, a Lei 7.498/86, ao especificar as atribuições das categorias de Enfermagem, deixa claro ser necessária a presença de enfermeiro em situações onde existe a prestação de cuidados diretos a pacientes graves e com *risco de vida* (art. 11, I, "I").

Deveras, o enfermeiro presta todos os cuidados próprios da Enfermagem, capacitado para os cuidados de maior complexidade técnica que exigem conhecimentos científicos e capacidade de tomar decisões; enquanto isso, pela natureza própria de sua formação profissional, o técnico de enfermagem presta cuidados mais simples e ainda sob orientação, supervisão e direção do enfermeiro.

Sucedem que a *ambulância de resgate* é o veículo de atendimento de emergências hospitalares de pacientes com risco de vida ou em estado aparentemente grave de saúde; o veículo deve possuir equipamentos necessários à manutenção da vida. Portanto, é insuficiente que - ao contrário do que o Ministério da Saúde impõe ao SAMU - as ambulâncias de pronto-socorro de plano de saúde privado, ao saírem para resgate de pessoas que se encontram sob grave periclitância da vida e saúde, sejam tripuladas apenas por *um profissional de enfermagem de nível médio (técnico ou auxiliar de enfermagem)* e *um socorrista/motorista*.

Não se pode esquecer que o tempo decorrido e a assistência prestada *entre o momento de um evento lesivo e a admissão hospitalar da vítima* é considerado *fator relevante* para reduzir a morbimortalidade das vítimas; por isso que os serviços de urgência/emergência prestados nesse crucial interregno de tempo é importantíssimo, assomando a necessidade de grande qualidade e competência nesses serviços. Por isso que o Ministério da Saúde providenciou o aumento de qualidade das tripulações das ambulâncias, fazendo incluir um enfermeiro.

Nesse cenário, é claro que o mesmo deve ocorrer nas ambulâncias e remoções de urgência/emergência prestados - a alto custo financeiro debitado aos usuários de planos de saúde e assemelhados - de modo privado.

Não se verifica incompatibilidade entre a determinação do COFEN ventilada na Resolução nº 375/2011 ("A assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro" - art. 1º) e a Lei 7.498/86 que deixa claro ser necessária a presença de enfermeiro em situações onde existe a prestação de cuidados diretos a pacientes graves e com risco de vida.

Se a unidade móvel de atendimento de urgência/emergência destina-se a paciente/vítima em situação concreta de periclitância da vida ou da saúde, em cenário de risco, portanto, não é absurdo que - assim como já faz o Poder Público em relação a ambulâncias do SAMU - o COFEN possa exigir a presença de enfermeiro naquelas unidades quando são mantidas pelos

particulares.

O *fumus boni iuris* está presente, e o *periculum in mora* é notório porquanto as unidades móveis estão em franca atividade.

E não custa lembrar que um precedente do TRF/1ª Região (AC: 70833920044013500 GO 0007083-39.2004.4.01.3500, Relator: JUIZ FEDERAL CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, Data de Julgamento: 15/10/2013, 7ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.287 de 04/11/2013) por mais respeitável que seja não inibe os Desembargadores da 3ª Região de pensarem o contrário.

A agravada deverá cumprir esta decisão a partir do 15º dia após a publicação deste *decisum* no Diário Oficial, sob pena de multa diária que fixo em R\$ 500,00, a favor da autarquia agravante (esses valores devem ser revertidos, exclusivamente a quem sofreu o prejuízo decorrente do desrespeito à decisão judicial impositiva da multa - AgRg no AREsp 575.721/MG).

Comunique-se *incontinenti*.

À contraminuta.

Após, ao MPF.

Publique-se.

São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**0031349-11.2014.4.03.0000****(2014.03.00.031349-7)**

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP

Parte Autora: DAVI MIGUEL SILVA GAMA (incapaz)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: SLAT 2995

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2015

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida nos seguintes termos (fls. 71/73):

Diante do exposto, havendo prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor, bem ainda o justo receio de dano irreparável se o demandante tiver de aguardar até mesmo a finalização da instrução probatória, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA pleiteada, determinando à União que providencie e custeie, integralmente, tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a uma cirurgia de transplante de intestino e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical* situado em Miami, Estado da Florida, nos Estados Unidos da América, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera pelo transplante.

Face à experiência com o caso Sophia, a União não poderá, em nenhuma hipótese, deixar de iniciar ou interromper as providências cabíveis alegando ignorância das questões burocráticas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal de quem lhe der causa. Pelo mesmo motivo, este Juízo desde já determina à União que auxilie pró-ativamente o autor e seus pais junto ao Departamento de Polícia Federal, para a expedição dos passaportes de emergência, nos termos do artigo 13 do Decreto nº 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, dada a condição de pobreza da família.

Deverá a União auxiliar o autor e seus genitores na obtenção do visto junto às autoridades norte-americanas, inclusive solicitando urgência em virtude da gravidade da situação da saúde do autor, podendo se valer de seu serviço diplomático.

Por fim, deverá providenciar a remoção via aérea pelo menos de Ribeirão Preto-SP, com aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o traslado, sem prejuízo da remoção rodoviária até o aeroporto, com os mesmos cuidados.

A União deverá providenciar os depósitos em dinheiro que forem eventualmente exigidos pelo hospital norte-americano, bem ainda a adequada instalação da família (aqui entendida o autor e seus genitores), com o fornecimento de residência próxima ao nosocômio ou eventual alojamento dentro do próprio complexo hospitalar.

Este Juízo assinala o prazo de 15 (quinze) dias para que sejam tomadas as providências cabíveis para a remoção da criança ao exterior e sua internação no referido hospital, sendo que qualquer fato externo que venha a elaterar tal prazo deverá ser cumpridamente demonstrado, sempre no prazo de 24 horas da ocorrência, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil. Tais prazos serão contados da efetiva intimação (e não da juntada aos autos).

É uma síntese do necessário.

“Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, *há manifesto interesse público e grave lesão à ordem e à economia públicas*, a justificar o deferimento do pedido de suspensão.

A criança, nascida em 12 de março de 2014 (fls. 38), é portadora de doença de inclusão microvilositária (fls. 41), patologia grave e rara, cujo tratamento exige o transplante do intestino.

Do nascimento até 6 de outubro de 2014 - data da distribuição da petição inicial, no Juízo Federal de origem (fls. 18) - a criança recebeu atendimento médico, em hospitais brasileiros públicos ou universitários, com a assistência técnica disponível.

A documentação juntada aos autos prova o cuidado e o tratamento dispensados ao menor pela rede pública brasileira de serviço médico, nas cidades de Franca e Ribeirão Preto (SP).

A petição inicial da ação notícia, entretanto, que a cura da criança depende de cirurgia altamente sofisticada, inexistente no Brasil, mas realizada, com indicadores de êxito, em hospital de Miami (EUA).

Recebida a petição inicial, no Juízo de origem, *Juiz Federal Substituto* prolatou a seguinte decisão (fls. 56):

Sem prejuízo, devido à urgência da apreciação do pedido antecipatório, determino que se oficie ao setor responsável pela realização de cirurgia pediátrica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, o Hospital das Clínicas da Universidade de Campinas e CAISM, vinculado à Universidade de Campinas, requisitando que informem, no prazo de 05 (cinco) dias, se existe a viabilidade técnica da realização do procedimento postulado nestes autos nesses hospitais, no âmbito do Sistema Único de Saúde, caso haja indicação médica para tanto.

Deverão ainda estas entidades informar a taxa de sucesso na realização do referido procedimento, a expectativa de sobrevida e se possuem ciência acerca da existência de eventual benefício em sua realização no hospital indicado na petição inicial, a saber, Jackson Memorial Medical, sediado em Miami-Flórida, Estados Unidos, no que tange aos aspectos mencionados (expectativa de sobrevida, taxa de sucesso).

Devido a exiguidade do prazo ora concedido, a consulta ora formulada se refere à possibilidade, em tese, de realização do procedimento, que não dispensará, obviamente, a apreciação da situação concreta, seja pelo médico assistente da parte autora, seja pelos responsáveis pela realização do procedimento.

Com a resposta do Hospital de Clínicas, da Universidade Estadual de Campinas, *sem* a manifestação do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), *outro Magistrado - Juiz Federal* - concedeu a tutela antecipada aqui questionada.

Na fundamentação, Sua Excelência explicou que o pedido judicial de informações ao HCFMUSP precisou ser complementado por dados objetivos do prontuário médico da criança.

Afirmou, ainda, que aguardaria a resposta do HCFMUSP até o dia 20 de outubro de 2014 (fls. 62), quando, então, decidiria o pedido cautelar.

Sem a manifestação do HCFMUSP, concedeu a tutela antecipada no dia 20 de outubro de 2014.

No dia seguinte - 21 de outubro de 2014 -, chegou aos autos a opinião técnica colhida junto ao HCFMUSP, cuja elaboração ocorreu em 17 de outubro de 2014 (fls. 74/76).

O documento produzido no HCFMUSP, subscrito pelo Professor Uenis Tannuri, Titular de Cirurgia Pediátrica, Chefe do Serviço de Cirurgia Pediátrica, do Instituto da Criança, registra o seguinte (fls. 76):

Neste momento, não há viabilidade técnica da realização de transplante intestinal em paciente com peso de 4.210 gramas. É de consenso mundial que não se indique transplante de intestino para crianças com menos de 10 kg.

Cumpra ainda sublinhar que além do peso e condições clínicas mínimas, há que se ter doadores cadavéricos com órgãos compatíveis e em excelentes condições para doação, motivo pelo qual o procedimento de transplante de intestino ainda não pôde ser realizado no Instituto da Criança da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, portanto não há dados necessários e suficientes para responder as questões referentes à taxa de sucesso e sobrevida. Os benefícios da realização do procedimento dependerão não só da expertise da instituição (a ser apurada/verificada localmente), bem como da patologia de base e das condições clínicas do paciente por ocasião da realização do ato cirúrgico.

Há *informação capital* neste documento técnico, subscrito por especialista com a mais alta qualificação: o requisito de *peso mínimo*, para a criança suportar a intervenção cirúrgica de grande porte e exigência.

A opinião do especialista não convenceu o Juiz Federal. Sua Excelência argumentou: “O Ilmo. Prof. Dr. Uenis Tannuri entende que não há viabilidade técnica da realização de transplante intestinal em paciente com peso de 4.210 gramas, além de ser consenso mundial que não se indique transplante de intestino com menos de 10 Kg. Tal parecer não infirma a possibilidade que se vislumbra pelos relatos do Dr. Paulo Chapchap e do Dr. Rodrigo Vianna, já citados na decisão antecipatória” (fls. 78).

Salvo melhor juízo, em *nenhum momento* os médicos *Paulo Chapchap e Rodrigo Vianna* contestaram a exigência de peso mínimo, para a realização da grave intervenção cirúrgica.

De plano, anote-se circunstância da maior relevância: ao se referir aos médicos *Paulo Chapchap e Rodrigo Vianna*, a r. decisão ora impugnada fez uso de *prova produzida em outra ação, relacionada a paciente distinto*.

O médico Paulo Chapchap, segundo a transcrição efetuada na própria r. decisão aqui questionada, afirmou (fls. 65): “Não é do meu conhecimento que qualquer serviço de transplantes multiviscerais do Brasil tenha submetido ao transplante pacientes com menos de 10 Kg”.

O depoimento do cirurgião Rodrigo Vianna, *prestado em relação a outra criança, tomado, por empréstimo, de caso judicial diverso* - repita-se -, também não dispensa a exigência do peso mínimo, para a realização do transplante.

A r. decisão aqui questionada adotou o depoimento prestado, a uma *rádio*, pelo médico Rodrigo Vianna, e aceitou a *conclusão dele extraída por Desembargador Federal*, para demonstrar algo distinto e estranho à exigência do peso mínimo.

Confira-se o precedente *relacionado a outra criança*, transcrito na r. decisão agora impugnada (fls. 67):

De se considerar, também, que o estado clínico da agravada vem se mantendo em situação assaz crítica, especialmente o seu fígado, sobremodo traumatizado pela alimentação exclusivamente parenteral. Outrossim, na entrevista concedida à Rádio Ipanema, o *Dr. Rodrigo Vianna afirma que “independentemente da síndrome, ela tem uma doença congênita que está afetando o intestino e que a nutrição parenteral está afetando o fígado. Então isso é até mais importante que a síndrome, o fato de que ela não consegue fazer a digestão e já estar desenvolvendo problemas com o fígado”* (fls. 487v), o que reforça a urgência e a necessidade de transferência da recorrente aos Estados Unidos para realização do transplante ora pleiteado.

Por primeiro, ignora-se o grau de rejeição à alimentação parenteral pelas duas crianças. O fenômeno não é unívoco. *São seres humanos diferentes*. A prova emprestada, para este efeito, é inservível.

Segundo, as intercorrências advindas da aplicação da alimentação parenteral afetam, negativamente, o aumento de peso, repercutindo no mínimo exigível. Por isto, estas eventuais intercorrências podem retardar a realização do transplante.

Além da afirmação do Professor Uenis Tannuri, no documento juntado *após* a concessão da tutela antecipada, o próprio cirurgião Rodrigo Vianna recomenda a permanência, no Brasil, da *criança vinculada a este caso*.

Outra circunstância de grande relevo: o médico Rodrigo Vianna é Diretor do Serviço de Transplantes, do Departamento de Cirurgia, da Escola de Medicina da Universidade de Miami, à qual o próprio Hospital de Miami (EUA) está vinculado (fls. 214).

Na troca de correspondência eletrônica com representante do Ministério da Saúde, a respeito da criança vinculada a *este caso*, o aludido cirurgião escreveu (fls. 197 verso):

According to the last information we have received about this baby it seems like he still weighting only 5 kilos. Even though we do not have a strong policy regarding the minimum weight to accept a transfer we strongly encourage the weight gain to be achieved in Brazil until he reaches 7 kg. That would be the minimum weight to be included in our waiting list.

Ou seja, o próprio cirurgião do Hospital de Miami (EUA) recomenda a permanência da criança, no Brasil, até o ganho de peso mínimo.

Parece irrefutável que, no curso de *tratamento adequado*, prestado por médicos e professores da rede pública brasileira de assistência, a judicialização prematura da questão fez o Poder Executivo incorrer em despesas desnecessárias e injustificáveis - *US\$ 50.000 foram remetidos ao Hospital de Miami (EUA), no cumprimento da r. decisão aqui questionada.*

O mais grave, porém, é a quebra da *ordem administrativa*, a ruptura da confiança que os usuários do sistema público de saúde devem depositar na execução adequada do serviço - *se e quando* isto é exato, como no caso concreto.

Neste ponto, o fundamental: *não há prova alguma de que, em determinado momento, o sistema público de saúde tenha negligenciado ou recusado qualquer solução para o caso da criança - inclusive a eventual remoção dela para os Estados Unidos, respeitados os protocolos de conduta médica.*

A opção por uma das possibilidades terapêuticas, sem respeito aos protocolos de conduta médica, contra a opinião técnica dos mais qualificados especialistas, com desperdício de finitas verbas públicas, configura grave comprometimento da ordem administrativa e das finanças públicas, com manifesto prejuízo ao interesse público - e, ainda, no limite, pode colocar em

risco a vida da criança, inclusive por conta de deslocamentos desnecessários.

Parece claro que o encaminhamento da solução adequada dependerá da *(1) análise de equipe médica qualificada, (2) com base em todo o histórico da criança, (3) no momento em que ela estiver em situação compatível com as exigências de transplante de grande porte.*

Neste momento, sob as condições médicas adequadas - repita-se -, será necessário avaliar todo o quadro de assistência disponível para o tratamento - *também a ida aos Estados Unidos, mas não só.*

Será preciso considerar a existência de outras soluções. Como o tratamento realizado na Argentina, disponível, mais barato e talvez menos penoso para a criança (fls. 109 e 111).

A utilização de equipe técnica do Brasil, uma vez que há médicos brasileiros em processo de treinamento no Hospital de Miami (EUA).

Há hospital nacional de excelência já credenciado pelo Ministério da Saúde, registre-se.

A propósito, o médico Rodrigo Vianna tem realizado transplantes complexos, no *sistema público hospitalar brasileiro*. Confira-se a correspondência eletrônica de 14 de novembro de 2014, enviada por este profissional (fls. 214):

Desculpe a demora na resposta. Hoje fiz um transplante multivisceral no HC e acabei passando a tarde por lá. A cirurgia foi muito bem e o doente está bem. Quanto a avaliação do menino, a logística fica complicada porque eu estou voltando amanhã para os EUA. O menino tem menos de 5kg e precisa ganhar peso. Eu estarei de volta em dezembro apresentando meu doutorado aqui e aí poderia avaliar a criança de Franca e de Limeira. Neste mês teríamos tempo para observar o ganho de peso. Acho um pouco precoce levá-los a qualquer lugar neste momento.

Por estes fundamentos, suspendo a tutela antecipada concedida no digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

Publique-se. Intime-se. Comunique-se.

Vista oportuna à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 08 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0007475-46.2009.4.03.6119
(2009.61.19.007475-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LUCINDA GUERRERO CALDEIRA (incapaz)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe de Processo: AC 1678790
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2015

EMENTA

DIREITO CIVIL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEMORA NA APRECIÇÃO. DANOS MORAIS. VERBA HONORÁRIA.

1. Para que o ente público responda objetivamente, deve ser demonstrado o resultado danoso e o nexu causal entre ambos, ressalvada a possibilidade de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima.
2. A Administração Pública é regida pelo princípio constitucional da eficiência, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, o que denota a necessidade da apreciação célere dos pedidos a ela formulados.
3. Houve erro do INSS pela cessação do benefício, bem como pela demora excessiva na apreciação do pedido de restabelecimento.
4. O dano consiste no fato de a autora ficar privada por 3 anos de verba alimentar incorporada à sua subsistência há mais de duas décadas, potencializado por se tratar de idosa e incapaz, que vive em uma casa de repouso, é cadeirante e portadora de problemas neurológicos, necessitando de acompanhamento de profissionais especializados para seus cuidados.
5. Quanto à fixação do valor do dano moral, a jurisprudência tem se encaminhado no sentido de que o arbitramento deve ser feito com razoabilidade e moderação, sendo proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico do réu, valendo-se o juiz de sua experiência e bom senso para sopesar as peculiaridades do caso concreto, de forma que a condenação cumpra sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo sem, contudo, proporcionar o seu enriquecimento sem causa.
6. O valor arbitrado a título de danos morais encontra-se dentro dos parâmetros utilizados pelo E. Tribunal Superior (R\$ 8.000,00 para março/2011).
7. Mantido o valor arbitrado a título de verba honorária, eis que fixado moderadamente.
8. Apelação do INSS e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCIO MORAES (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face de sentença que, em ação ordinária objetivando o restabelecimento do benefício pensão por morte e condenação do INSS em dano moral, julgou extinto o processo sem exame do mérito em relação ao pedido de restabelecimento do benefício previdenciário de pensão por morte NB 073.622.239-1, bem como no tocante ao pagamento das parcelas devidas desde a cessação até o restabelecimento. Julgou procedente o pedido em relação ao pedido de indenização por danos morais, condenando a ré ao pagamento de indenização à autora no valor de R\$ 8.000,00, acrescidos de juros e correção. Os honorários foram fixados em 10% sobre o valor da condenação, bem como sobre o valor pago pelo INSS a título de parcelas vencidas. Não submeteu a sentença ao duplo grau (§ 2º, do artigo 475, do CPC).

Apela o INSS, no tocante à fixação dos danos morais, afirmando que não houve demonstração do intenso e injusto sofrimento da vítima. Sustenta que a própria parte autora, por meio de seu representante legal, deu azo à demora no restabelecimento de seu benefício. Requer que os honorários advocatícios sejam fixados no importe de R\$ 510,00.

Recurso adesivo da autora, requerendo a majoração do dano moral arbitrado.

Com contrarrazões da autora e do INSS.

O MPF manifestou-se pelo desprovimento da apelação e do recurso adesivo, mantendo-se a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCIO MORAES (Relator): Debate-se nos autos o direito da autora ser indenizada pela demora na análise de seu requerimento administrativo de restabelecimento do benefício pensão por morte.

Inicialmente, a análise do caso impõe a demarcação de uma importante fronteira no que diz respeito à responsabilidade do Estado.

O dano oriundo de uma atuação estatal pode dar-se em função de uma atuação positiva (comissão) do Estado ou em função de uma atuação negativa ou não-atuação (omissão).

Quando é o Estado quem produz o dano através de uma atuação positiva, aplica-se a regra da *responsabilidade objetiva* prevista no art. 37, § 6º, CF/1988:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O aspecto característico da responsabilidade objetiva reside na desnecessidade do lesado provar a existência da culpa do agente ou do serviço pela conduta estatal.

Assim, é suficiente que se prove a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo de causal entre ambos, ressalvada a hipótese de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima. Trata-se da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria do risco administrativo.

Neste contexto, para que a ré seja condenada ao pagamento da indenização ora buscada, é preciso demonstrar que a demora na concessão/restabelecimento do benefício requerido pela autora se deu por falha da Administração e que isso gerou um dano passível de indenização.

A princípio, até mesmo em homenagem ao princípio da eficiência administrativa (art. 37 da CF), não é razoável que o cidadão seja obrigado a esperar por quase três anos para a apreciação do seu pleito de restabelecimento do benefício.

Em caso de ineficiência da Administração, não pode o administrado - no caso, o segurado -, arcar com os ônus da demora, sejam quais forem as suas causas.

Compulsando os autos, temos que houve cessação de concessão do benefício de pensão por morte por erro do INSS, conforme reconhecido pela própria ré (fls. 50 e 52), em virtude do falecimento da curadora.

Temos que o benefício previdenciário em questão foi cessando indevidamente em 6/7/2007.

A parte autora requereu a revisão na esfera administrativa em 30/1/2008 (fls. 21), tendo sido restabelecido o benefício somente em 29/3/2010 (fls. 64).

Assim, no caso, houve erro do INSS pela cessação do benefício, bem como pela demora excessiva na apreciação do pedido de restabelecimento.

O Código Civil, em seu artigo 186, estabelece 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”.

Por seu turno, o artigo 927 do mesmo estatuto legal prescreve que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Conquanto se possa argumentar que os citados dispositivos apenas se aplicam à responsabilidade subjetiva, é certo que tanto nesta como na responsabilidade objetiva é imprescindível, para o surgimento da obrigação de indenizar, a existência de um dano palpável.

No caso, o erro do INSS na cessação do benefício, bem como a demora no restabelecimento - que ocorreu, segundo consta, somente em razão do ajuizamento da presente ação -, vislumbra-se a mora por parte do INSS, bem como a ocorrência do dano moral.

Dano, em sentido lato, é a lesão de qualquer bem jurídico. Dano moral, por sua vez, “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o ‘bonus pater familias’: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.” (Sílvia de Salvo Venosa, Direito Civil - Responsabilidade Civil, Vol. IV, 3ª edição, ed. Jurídico Atlas, pág. 33) - grifo inexistente no original.

Como bem ressaltou a decisão agravada, o dano consiste no fato de a autora, sem culpa alguma, ficar privada por 3 anos de verba alimentar incorporada à sua subsistência há mais de duas décadas, potencializado por se tratar de idosa e incapaz, que vive em uma casa de repouso, é cadeirante e portadora de problemas neurológicos, necessitando de acompanhamento de profissionais especializados para seus cuidados, conforme declaração do Presidente do Lar São Vicente de Paula, no qual reside a autora (fls. 25).

Veja-se a respeito o seguinte precedente:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA. DEMORA INJUSTIFICADA NA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA.

I. A robustez da prova documental acostada aos autos permite inferir que o autor efetivamente exerce atividades nas lides rurais, tornando, portanto, dispensável a produção de prova testemunhal. Ademais, em decisão administrativa proferida pela 14ª Junta de Recursos, a própria autarquia entendeu devido o benefício ao proferir decisão favorável ao autor.

II. Assim, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por idade, uma vez demonstrada a implementação dos requisitos legais, nos termos da legislação previdenciária.

III. Evidenciado gravame à pessoa do segurado, merecedor do benefício, que dele ficou tolhido por aproximadamente 10 (dez) anos, apesar de haver decisão favorável no processo em 14-12-1999, o que configura clara violação ao art. 56 do Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS.

IV. As regras da prescrição quinquenal não podem ser aplicadas, pois foi o descaso da autarquia, e não a inércia do autor que impediu que o mesmo recebesse o benefício quando tinha direito. Tal negligência para com o segurado não pode ser recompensado com a aplicação do instituto da prescrição.

V. *Aplica-se, no caso, a indenização por danos morais, pois seguramente evidenciado que tal revisão administrativa do ato concessório do benefício de aposentadoria por idade ocorreu sem o mínimo de cautelas e à revelia dos princípios que regem a Administração Pública, delineados na Constituição Federal.*

VI. A correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça com incidência de juros de mora, a contar da citação, à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, conforme Enunciado nº 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

VII. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação da parte autora provida.

(APELREEX 00056065320064036119, DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2010, grifos meus)

Quanto ao valor do dano moral, é de sua essência ser compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde pertinência com o sofrimento causado. Contudo, tratando-se de uma estimativa, não há formulas ou critérios matemáticos que permitam especificar a precisa correspondência entre o fato danoso e as consequências morais e psicológicas sofridas pelo ofendido.

A jurisprudência tem se encaminhado no sentido de que o arbitramento deve ser feito com razoabilidade e moderação, sendo proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico do réu, valendo-se o juiz de sua experiência e bom senso para sopesar as peculiaridades do caso

concreto, de forma que a condenação cumpra sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo sem, contudo, proporcionar o seu enriquecimento sem causa.

Nesse sentido é a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE - CIVIL - DANO MORAL - VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.

3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.

4. Recurso especial parcialmente provido

(REsp 604.801/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 23/3/2004, DJ de 7/3/2005, p. 214, grifos nossos).

Para analisar o valor fixado na r. sentença referente aos danos morais (R\$ 8.000,00 para março/2011), veja-se os seguintes julgados proferidos pelo E. Superior Tribunal de Justiça acerca da quantificação dos danos morais envolvendo casos análogos:

a) *cem salários mínimos*, por erro do servidor do INSS na análise dos pressupostos para a concessão de benefício previdenciário (AgRg no AREsp 345.911/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 25/09/2013)

b) R\$ 7.000,00, por extravio, pela Administração, de documentos pessoais do cidadão, notadamente aqueles que indicam a sua história laboral (REsp 955.046/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 12/05/2008)

c) R\$ 15.000,00, descontos indevidos em proventos de aposentadoria de empréstimo consignado fraudulento (RESP 1213288, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:01/07/2013)

Nestes termos, entendo que o valor arbitrado a título de danos morais encontra-se dentro dos parâmetros utilizados pelo E. Tribunal Superior.

Mantenho, também, o valor arbitrado a título de verba honorária em 10% sobre o valor da condenação atualizado, bem como sobre o valor pago pelo INSS a título de parcelas vencidas (R\$ 15.909,69) atualizado, por se mostrar dentro dos ditames legais, eis que fixado moderadamente.

Assim sendo, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0020087-34.2013.4.03.6100
(2013.61.00.020087-2)

Apelantes: MUNICÍPIO DE LOUVEIRA – SP E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AMS 351871
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/11/2014

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GUARDAS MUNICIPAIS. ARTIGO 144, § 8º, CF. PORTE DE ARMA. ESTATUTO DO DESARMAMENTO - LEI Nº 10.826/2003. ARTIGO. 6º, IV. MUNICÍPIOS COM MENOS DE 50.000 HABITANTES. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUTORIZAÇÃO DO CONSTITUINTE.

1. Não guarda relevância a alegação de violação dos princípios constitucionais da garantia à vida, à segurança e à integridade física, eis que o Constituinte delimitou expressamente as atribuições das Guardas Municipais, de modo que a proteção municipal preventiva não atribui a função de policiamento ostensivo privativo da Polícia Militar, a quem compete a preservação da ordem pública, independentemente da quantidade de habitantes do Município.
2. Uma vez autorizado pela Constituição, a restrição imposta pelo legislador quanto à impossibilidade de porte de arma pelos integrantes das Guardas Municipais, nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, não viola o princípio da isonomia, justamente em razão das atribuições constitucionais das Guardas Municipais.
3. Ausente qualquer ilegalidade na decisão proferida pela autoridade impetrada, que negou o porte de arma aos guardas municipais de Louveira/SP, firme no artigo 6º, IV, da Lei nº 10.826/2003.
4. Apelação dos impetrantes desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de apelação em mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo

MUNICÍPIO DE LOUVEIRA E OUTROS contra ato do Sr. Delegado de Polícia Federal da Superintendência Regional do Estado de São Paulo, objetivando assegurar aos impetrantes, durante a prestação do serviço de guarda municipal, o porte de arma de fogo, afastando, diante de manifesta inconstitucionalidade, a aplicação do artigo 6º, IV, da Lei nº 10.826/2003.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a ausência de fundamento para vedar o porte de arma de fogo aos integrantes de Guardas Municipais nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, ferindo os princípios constitucionais da garantia à vida, à segurança, à integridade física e a isonomia.

Após o indeferimento da medida liminar (fls. 335/338), sobreveio sentença denegando a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, a teor do artigo 269, I, do CPC.

Irresignados, apelam os impetrantes (fls. 395/411) pugnando pela reversão do julgado.

Com contrarrazões da União (fls. 415/416v), subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A sentença não merece reparo.

O artigo 144 da Constituição Federal dispõe:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e es-

truturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º. às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º. às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

(...)

§ 8º. *Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.*

(...)

Com efeito, foi editada a Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014, que estabelece o Estatuto Geral das Guardas Municipais, dispondo seu artigo 1º e 2º:

Art. 1º. Esta Lei institui normas gerais para as guardas municipais, disciplinando o § 8º do art. 144 da Constituição Federal.

Art. 2º. Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e *armadas conforme previsto em lei*, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal. (destaquei)

De fato, não guarda relevância a alegação de violação dos princípios constitucionais da garantia à vida, à segurança e à integridade física, eis que o Constituinte delimitou expressamente as atribuições das Guardas Municipais, de modo que a proteção municipal preventiva não atribui a função de policiamento ostensivo privativo da Polícia Militar, a quem compete a preservação da ordem pública, independentemente da quantidade de habitantes do Município.

Dispõe o artigo 5º da Lei nº 10.826/2003:

Art. 6º. É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

(...)

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

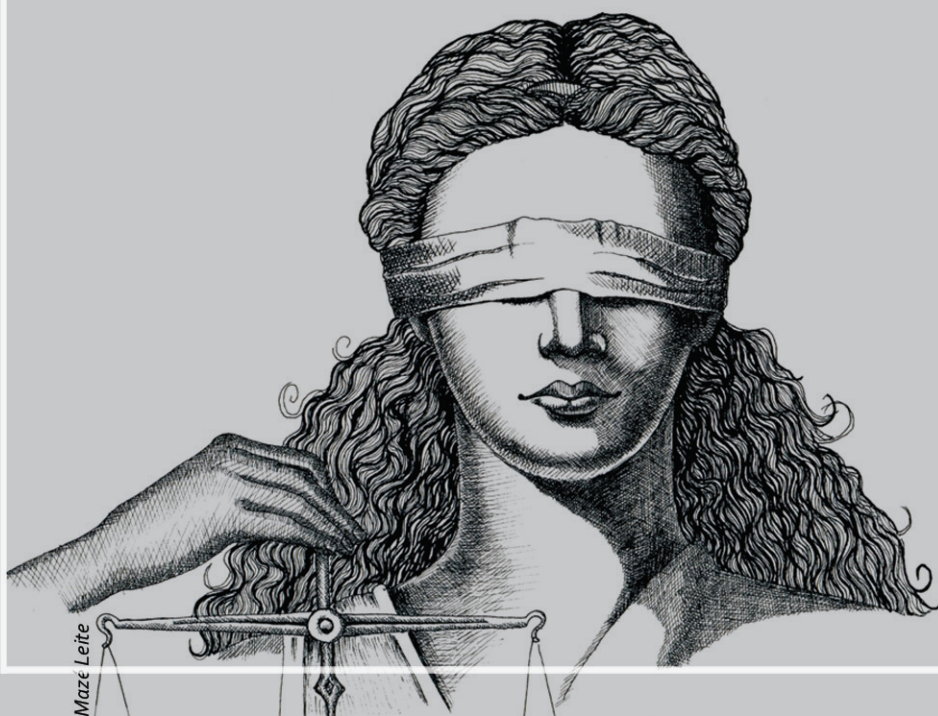
Uma vez autorizado pela Constituição, entendo que a restrição imposta pelo legislador quanto à impossibilidade de porte de arma pelos integrantes das Guardas Municipais, nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, não viola o princípio da isonomia, justamente em razão das atribuições constitucionais das Guardas Municipais.

Desta forma, não verifico qualquer ilegalidade na decisão proferida pela autoridade impetrada, que negou o porte de arma aos guardas municipais de Louveira, firme no artigo 6º, IV, da Lei nº 10.826/2003.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo-se a r. sentença tal como lançada. É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002235-59.2011.4.03.6005
(2011.60.05.002235-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E MANOEL MILHOMEM DA SILVA (réu preso)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: ACr 49007
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2014

EMENTA

PENAL - CRIMES DE CONTRABANDO DE COMPONENTES DE MUNIÇÃO, TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS E MUNIÇÕES E MOEDA FALSA - INTERNAÇÃO NO PAÍS DE ARMAS E MUNIÇÕES SEM AUTORIZAÇÃO DO COMANDO DO EXÉRCITO - CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO DE ARMA E MODA FALSA - DOSIMETRIA DA PENA - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - MANUTENÇÃO - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

1. O recurso ministerial requer a condenação do acusado pelo crime de contrabando e o reconhecimento de concurso material, ou concurso formal impróprio entre os crimes de tráfico internacional de armas e moeda falsa, com cumulação de penas. De seu turno, a defesa pleiteia redução da pena imposta ao réu.

2. A introdução dos elementos componentes de munição traduz, em tese, crime de contrabando (art.334, 1ª parte - importação de mercadoria proibida), ou seja, sem autorização. Não há que se falar em descaminho no caso dos autos, mas, em tese, haveria crime de contrabando, porquanto o acusado introduziu no país mercadorias de importação proibida, consistentes em 10 estojos de munição, três frascos de pólvora negra e 100 espoletas.

3. A internação da mercadoria proibida, sem autorização do Comando do Exército (elementos de munição, conforme aponta a denúncia), portanto de proibição relativa, deu-se, no mesmo contexto do tráfico internacional de armas, de modo que a conduta resta por este abrangida.

4. É de rigor manter a condenação do acusado pela prática dos crimes de moeda falsa (art. 289, §1º, do Código Penal) - porte de duas cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e tráfico internacional de armas (artigo 18 ambos da Lei nº 10.826/03).

5. A pena-base foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, diante da grande quantidade de munição apreendida, a conduta social desfavorável ao acusado e a personalidade voltada para o crime, tendo sido reputadas negativas essas três circunstâncias.

6. Constata-se a configuração do concurso formal impróprio, uma vez que o réu, através de uma única conduta, dolosamente, praticou dois delitos resultantes de desígnios autônomos (tráfico de arma e moeda falsa).

7. Ainda que não configurado o dolo direto, mas apenas o eventual em relação ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, não é suficiente para descaracterizar o con-

curso formal impróprio, pois a expressão “desígnios autônomos” compreende ambas as formas de dolo, direto e eventual. Destarte, as reprimendas devem ser somadas.

8. A jurisprudência tem reconhecido que permanecendo o réu preso durante a instrução do processo não dever ser concedido o direito de recorrer em liberdade, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da condenação, sobretudo quando remanescentes os motivos da custódia cautelar.

9. Desprovimento do recurso interposto pelo réu e parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condená-lo ao cumprimento das penas de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 18 da Lei nº 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal, c.c. art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal.

10. Manutenção da pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, conforme estabelecido na 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, negar provimento ao recurso interposto pela defesa e dar parcial provimento ao recurso interposto pela acusação, para estabelecer a pena de oito anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado de cumprimento e quinze dias-multa para o réu condenado como incurso nos artigos 18 da Lei nº 10.826/03 e 289 §1º, c.c. artigo 70, segunda parte, do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* e por *Manoel Milhomem da Silva* contra a r. sentença (fls.178/180) registrada em 11/11/2011, proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS que, julgando parcialmente procedente a denúncia, absolveu o réu da prática de crime descrito no art.334 do Código Penal, com base no artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal e o condenou pela prática dos crimes definidos nos arts. 18, da Lei 10.826/2003 e 289, §1º, do Código Penal, em concurso formal, às penas de *seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, no regime inicial fechado e à pena de multa de 15 (quinze) dias-multa*, à razão unitária de um trigésimo do salário mínimo vigente à data do fato.

Extrai-se da denúncia recebida em 15/07/2011 (fl.46), que, no dia 20/06/2011, por volta das 17 horas, no Posto Capey, situado no km 68 da rodovia BR-463, no município de Ponta Porã/MS, policiais rodoviários federais, em fiscalização de rotina, abordaram o ônibus da empresa “Expresso Queiroz” de prefixo nº 588, que fazia o itinerário Ponta Porã/MS-Campo Grande/MS - e, ao procederem a buscas em seu bagageiro externo, localizaram, na bagagem identificada como pertencente ao passageiro Manoel Milhomem da Silva, 500 (quinhentas) munições calibre 38 SPL marca FMFLB, 2000 (duas mil) munições calibre 22 LR marca OA,

além de componentes (elementos) de munição, quais sejam: 10 (dez) estojos de munição calibre 20 marca CBC, 03 (três) frascos de pólvora negra marca Pantera e 100 (cem) espoletas marca CBC.

Em sequência, mediante busca pessoal em Manoel, foram também encontradas 02 (duas) cédulas falsas de 50,00 (cinquenta reais).

Na ocasião, Manoel afirmou aos policiais rodoviários federais ter adquirido as munições ao preço de R\$ 1.490,00 (um mil quatrocentos e noventa reais) na “Casa Peralta”, em Pedro Juan Caballero, Paraguai, para revendê-las a um vizinho do distrito de Alto Paraguai, em Diamantino/MT; quanto às notas falsas, disse tê-las comprado “para mostrar para os amigos”.

A mesma versão, com mais detalhes, foi oferecida durante seu interrogatório perante a autoridade policial, a quem Manoel declinou que seu vizinho chamaria “CHICO”, afirmando, ainda, que pagou R\$ 10,00 (dez reais) pelas duas cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em um “camelô” no Paraguai.

Portanto, conforme acima narrado, aos 20/06/2011, Manoel, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade da conduta, importou de Pedro Juan Caballero, Paraguai, sem autorização da autoridade competente (Comando do Exército) 500 (quinhentas) munições calibre 38 SPL marca FMFLB e 2000 (duas mil) munições calibre 22 LR marca OA, além dos seguintes elementos (componentes) de munição, consistentes em mercadorias de importação proibida: 10 (dez) estojos de munição calibre 20 marca CBC, 03 (três) frascos de pólvora negra marca Pantera e 100 (cem) espoletas marca CBC.

Nas mesmas circunstâncias, o acusado, com vontade livre e consciente, guardava consigo 02 (duas) cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), as quais adquiriu e importou do Paraguai.

Ao assim agir, Manoel incorreu em concurso formal próprio (art.70, *caput*, do Código Penal), nas condutas típicas descritas no art. 18 da Lei nº 10.826/03 - tráfico internacional de arma de fogo - e no art. 334, *caput*, do Código Penal - contrabando (1º e 2º fatos) -, perpetradas em concurso material (art.69 do Código Penal) com a conduta típica prevista no art. 289, §1º, do Código Penal - moeda falsa (3º fato).

Insurge-se o Ministério Público Federal, conforme razões de fls.197/206, com vistas ao reconhecimento de concurso material e não formal, ou, alternativamente, concurso formal impróprio entre os crimes do art. 18 da Lei 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal, pleiteando a condenação pelo crime de contrabando, em concurso formal próprio com o art. 18 da Lei 10.826/03 (tráfico internacional de arma de fogo), a ensejar a elevação da pena imposta ao réu.

Recorre Manoel Milhomem da Silva, consoante as razões de fls.209/214, intentando que, na primeira fase da fixação da pena fique ela estabelecida em seu mínimo legal, em vista da preponderância das circunstâncias favoráveis ao acusado, tais como tratar-se de réu primário e de bons antecedentes, tendo apenas em seu desfavor uma ação penal em trâmite em sua cidade de origem que não se presta ao agravamento da pena.

Contrarrazões por Manoel Milhomem da Silva (fls. 215/218), pelo improvimento do recurso ministerial.

Contrarrazões pelo Ministério Público Federal (fls.221/225), pelo improvimento da apelação interposta pelo réu.

Parecer do Ministério Público Federal opina pelo improvimento da apelação interposta pela defesa e pelo parcial provimento do recurso interposto pela acusação, para o reconhecimento do concurso material (CP, art.69) entre os crimes de tráfico internacional de arma de fogo

(art.18 da Lei 10.826/03) e moeda falsa (art. 289, §1º do CP) com a correspondente alteração da pena imposta, mantendo-se a sentença quanto ao reconhecimento da insignificância do delito de contrabando que seguiu inteligência pacífica dos Tribunais Superiores (fls. 236/240v).

É o relatório.

Feito sujeito à revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

O recurso ministerial requer a condenação do acusado pelo crime de contrabando e o reconhecimento de concurso material, ou o concurso formal impróprio entre os crimes de tráfico internacional de armas e moeda falsa com cumulação de penas.

De seu turno, a defesa pleiteia redução da pena imposta ao réu.

Inicialmente, tenho que não merece guarida o apelo acusatório no que diz com a condenação pelo crime de contrabando.

A esse respeito, a fundamentação lançada na sentença baseia a absolvição no fato de tratar os componentes de munição introduzidos pelo réu no país como crime de descaminho e, como tal, sujeita a sua apreciação ao valor a ser acobertado pelo princípio da insignificância.

Veja-se a fundamentação: “Há atipicidade material quanto ao descaminho por injunção do princípio da insignificância, tendo em vista o valor irrisório dos bens apreendidos”.

Examinados pormenorizadamente os autos, tenho que a introdução dos elementos componentes de munição traduz, em tese, crime de contrabando (art.334, 1ª parte - importação de mercadoria proibida), o que não comportaria a aplicação do princípio da insignificância.

Contudo, conforme explanado nas razões recursais apresentadas pelo Ministério Público Federal, não há que se falar em descaminho no caso dos autos, mas, em tese, haveria crime de contrabando, porquanto o acusado introduziu no país mercadorias de importação proibida, consistentes em 10 estojos de munição, três frascos de pólvora negra e 100 espoletas, sem a devida autorização.

Ocorre que a internação da mercadoria proibida, sem autorização do Comando do Exército (elementos de munição, conforme aponta a denúncia), portanto, de proibição relativa, deu-se, no mesmo contexto do tráfico internacional de armas, de modo que a conduta resta por este abrangida.

Nesse passo, tais mercadorias (componentes e elementos de munição) consistem em produtos controlados pelo Exército Brasileiro, a quem compete fiscalizar e autorizar sua eventual importação, nos termos da Lei nº 10.826/03 (arts. 23 e 24), Decreto nº 5.123/04 (arts. 49, 50, inc. I e 63, inc. VII) e Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (arts.1º, § único e 9º, inc. III, aprovado pelo Decreto nº 3.665/00 e seu anexo 1).

O art. 24 da Lei 10.826/03 determina competir ao Comando do Exército a autorização e fiscalização a importação e desembaraço alfandegário de armas de fogo e *demais produtos controlados*, abrangendo munições, suas partes e peças (art. 63 do Decreto nº 5.123/04). (grifo nosso)

De sua vez, o Decreto nº 3.665/00 traz em seu anexo I, a relação de produtos controlados pelo exército, dentre eles, detonador (espoleta) de qualquer tipo, pólvoras mecânicas (branca,

chocolate, negra), pólvoras químicas de qualquer tipo, projétil para munição para arma de fogo, etc., de modo que vislumbro no caso concreto um só crime de tráfico internacional de armas, conforme prevê o art. 18 da Lei nº 10.826/03, *verbis*:

Art. 18. *Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:*
Pena - reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Trata-se de crime mais grave do que o crime de contrabando que prevê as penas de um a quatro anos de reclusão, de modo que entendo perfazer um só tipo.

Passo ao exame das demais condutas.

Inicialmente, quanto aos crimes de tráfico internacional de arma de fogo e moeda falsa, a materialidade delitiva restou demonstrada através do Boletim de Ocorrência (fls.10/11- vol. I), passagem da empresa de ônibus Expresso Queiroz (fl.22 - vol. I), envio de munições para guarda (fl.25 - vol. I), cópias das munições e moedas falsas apreendidas fls.31/33, Auto de Apresentação e Apreensão (fl.9-vol.I), Laudo de perícia criminal federal de documentoscopia, que concluiu pela falsidade das notas juntadas à fl.59 (fls. 53/58) e laudo de perícia criminal federal de balística e caracterização física de materiais (fls. 74/83), cujos resultados revelaram que as armas e munições são estrangeiras e funcionam normalmente, estando aptas para o uso e disparos.

O crime de tráfico de armas em comento é de perigo abstrato, razão pela qual sua consumação verifica-se através do mero ato de alguém levar consigo arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, sendo desnecessário a demonstração de eventual dano:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ARMA DESMUNICIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO UNICAMENTE EM RAZÃO DA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REINCIDÊNCIA. SÚMULAS 269 E 440/STJ E 718 E 719/STF. PARECER ACOLHIDO.

1. É irrelevante aferir a eficácia da arma para a configuração do tipo penal estabelecido no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003, pois a lei visa proteger a incolumidade pública, transcendendo a mera proteção à incolumidade pessoal. Para tanto, basta a probabilidade de dano, e não a sua efetiva ocorrência. Trata-se de delito de perigo abstrato, que tem como objeto jurídico imediato a segurança pública e a paz social, assim, para a configuração do crime, é suficiente o simples porte de arma desmuniçada. Precedente da Sexta Turma.

2. De acordo com as Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, a imposição de regime prisional mais severo do que o quantum da pena autoriza requer motivação idônea.

3. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 anos se favoráveis, como no caso, as circunstâncias judiciais (Súmula 269/STJ).

4. Ordem concedida em parte, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 211823/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012)

A autoria delitiva de ambos os delitos é incontestável, pois o réu foi abordado por policiais rodoviários federais quando no interior do veículo que trazia a sua bagagem e portava consigo as notas falsas.

As testemunhas Elcione e Miguel, policiais que conduziram o réu preso em flagrante

à Delegacia, descreveram que durante fiscalização de rotina abordaram o coletivo da Viação Expresso Queiroz, linha Amambai/Campo Grande, oportunidade em que após revista do bagageiro interno do veículo, lograram êxito em encontrar, no interior da mala com identificação nº 892629, tabletes de munição para armas de fogo; que o proprietário da mala foi identificado como sendo o passageiro Manoel Milhomem da Silva, o qual asseverou ter adquirido as munições do Paraguai; que durante revista pessoal no passageiro foram encontradas duas notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) supostamente falsas; que Manoel informou que venderia as munições a um vizinho; que no tocante às notas supostamente falsas, Manoel informou que as comprou para mostrar para os amigos (fls.2/4 - vol. I).

De seu turno, o acusado confessou que comprou as munições para o seu vizinho “Chico” na “Casa Peralta”, localizada no Paraguai; que comprou 40 caixas de munição calibre 22 e 10 caixas de munição calibre 38, tendo pago R\$ 1.490,00 pelas munições; que enquanto estava passeando nos camelôs, no Paraguai, uma pessoa lhe ofereceu dinheiro falso; que então resolveu comprar as notas falsas para mostrar para os amigos e pagou R\$ 10,00 pelas duas notas de R\$ 50,00 falsas (fl.67 - vol. I).

Em Juízo (mídia fls. 142), a prova restou robusta, diante da confissão do réu e depoimentos testemunhais harmônicos e coesos sobre as práticas delitivas.

Assim, é de rigor manter a condenação do acusado pela prática dos crimes de moeda falsa (art. 289, §1º, do Código Penal) e tráfico internacional de armas (artigo 18 ambos da Lei nº 10.826/03).

Passo à análise da dosimetria da pena, objeto de apelação por parte da defesa que requer pena mínima e da acusação que requer o concurso material de crimes, ou ao menos, aplicação do concurso formal imperfeito com cumulação de penas.

Na primeira fase, a pena foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, diante da grande quantidade de munição apreendida, a conduta social desfavorável ao acusado e a personalidade voltada para o crime, tendo sido reputadas negativas essas três circunstâncias.

A pena-base não merece reparo.

A avaliação desfavorável teve como suporte o fato de que o acusado ostenta envolvimento em delitos de posse irregular de armas e disparo de arma de fogo que tramita na Vara Criminal da Comarca em que reside (Diamantino/MT).

Em 27/05/2011, foi-lhe concedida liberdade provisória, tendo voltado a praticar a atividade delituosa em curto espaço de tempo (20/06/2011). A prisão ocorreu em período em que desfrutava de liberdade provisória concedida sem fiança, fato que torna a reiteração mais acintosa à Justiça. Consta que o réu voltou a descumprir a tutela supervisionada do Estado, viajando até região de fronteira para perseverar no crime, razão pela qual restou indeferido o pedido de liberdade provisória veiculado nessa ação penal.

Desse modo, avalio que efetivamente o réu não merece seja estabelecida a pena-base no mínimo legal, diante das circunstâncias apontadas que lhes são bastante desfavoráveis.

Na segunda fase, incidente a majoração por cupidez e a atenuante da confissão espontânea restou correta a manutenção da pena-base.

Por fim, considerando o concurso formal com o crime de moeda falsa, o D. Magistrado aumentou a pena em 1/6 (um sexto), fixando a pena definitiva em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado.

Entretanto, constata-se a configuração do concurso formal impróprio, uma vez que o réu, através de uma única conduta quando introduziu no país, dolosamente, praticou dois delitos

resultantes de desígnios autônomos (tráfico de arma e moeda falsa).

A respeito do concurso formal impróprio, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

(...) Mas o concurso formal também pode ser impróprio (imperfeito). Nesse tipo de concurso, o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de “desígnios autônomos”, que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação. (...)

(in Tratado de Direito Penal, vol. 1: Parte Geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 606)

Ainda que não configurado o dolo direto, mas apenas o eventual em relação ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, não é suficiente para descaracterizar o concurso formal impróprio, pois a expressão “desígnios autônomos” compreende ambas as formas de dolo, direto e eventual.

O C. Superior Tribunal de Justiça entende que mesmo configurado o dolo eventual ainda remanesce o concurso formal impróprio, confira-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO VERSUS CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXPRESSÃO QUE ABRANGE TANTO O DOLO DIRETO QUANTO O EVENTUAL. DELAÇÃO PREMIADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.

2. A expressão “desígnios autônomos” refere-se a qualquer forma de dolo, seja ele direto ou eventual. Vale dizer, o dolo eventual também representa o endereçamento da vontade do agente, pois ele, embora vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não o desejando diretamente, mas admitindo-o, aceita-o.

3. No caso dos autos, os delitos concorrentes - falecimento da mãe e da criança que estava em seu ventre -, oriundos de uma só conduta facadas na nuca da mãe -, resultaram de desígnios autônomos. Em consequência dessa caracterização, vale dizer, do reconhecimento da independência das intenções do paciente, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, conforme a regra do concurso material, exatamente como realizado pelo Tribunal de origem.

4. Constatando-se que não houve efetiva colaboração do paciente com a investigação policial e o processo criminal, tampouco fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa, não há como reconhecer o benefício da delação premiada.

5. Ordem denegada.

(HC 191.490/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2012, DJe 09/10/2012)

Destarte, as reprimendas devem ser somadas.

Assim, mantenho a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão para o crime de tráfico internacional de arma de fogo e a pena mínima de três anos de reclusão para o crime de moeda falsa, resultando na pena definitiva de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses de reclusão,

em regime inicial fechado, como incurso o réu no art. 18 da Lei nº 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal, c.c. art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Mantenho a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, conforme estabelecido na sentença.

O valor unitário do dia-multa deve ser mantido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em se tratando de crime de tráfico de armas, as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base incluem no caso concreto, a fixação do regime inicial para cumprimento da pena fechado mostrando-se absolutamente suficiente para a prevenção e a repreensão do delito, em razão do *quantum* de pena aplicado ao acusado.

Por fim, há que se considerar que as penas restritivas de direitos dificilmente serão aptas a reprimir o tráfico ilícito de armas e, portanto, além dos requisitos objetivos exigidos pelo artigo 44, do Código Penal, deve haver outros elementos subjetivos altamente favoráveis ao réu para que possa ser concedida a substituição.

In casu, incabível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, porque não está preenchido o requisito objetivo exigido pelo artigo 44, do Código Penal, diante da quantidade da pena ora aplicada.

Por fim, restam presentes o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, sendo de rigor manter a prisão preventiva do acusado, tendo em vista que os fatos que ensejaram sua prisão cautelar não sofreram nenhuma alteração até o presente momento, permanecendo presentes os requisitos da custódia, sendo certo que respondeu à ação penal preso.

Da mesma forma, a jurisprudência tem reconhecido que permanecendo o réu preso durante a instrução do processo não dever ser concedido o direito de recorrer em liberdade, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da condenação, sobretudo quando remanescentes os motivos da custódia cautelar, não havendo o que se falar em ofensa ao princípio constitucional de presunção de inocência.

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E CORRUPÇÃO DE MENORES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENDIDA CONCESSÃO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANIFESTO CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Para a apreciação da legalidade da manutenção da custódia preventiva do paciente, faz-se necessária a análise conjunta da sentença condenatória e da decisão inicialmente proferida nos autos, a qual decretou a prisão preventiva do paciente e justificou a sua permanência sob custódia durante toda a instrução criminal.

4. A ausência de cópia da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado inviabiliza a aferição por este Superior Tribunal da existência ou não dos fundamentos ensejadores da custódia antecipada.

5. Não há manifesto constrangimento ilegal na negativa do direito de recorrer em liberdade quando verificado que, além de o paciente ter sido preso preventivamente e assim permanecido durante toda a instrução criminal, há elementos concretos dos autos ensejadores da manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, bem evidenciada pela gravidade concreta dos delitos perpetrados.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 201201868741, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:23/05/2013 ..DTPB:.)

Por outro lado, o período em que cumpriu a título de prisão cautelar deverá ser computado no cálculo da pena a ser cumprida na hipótese de condenação transitada em julgado, nos termos do artigo 42, do Código Penal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Manoel Milhomem da Silva e dou *parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar o réu ao cumprimento das penas de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 18 da Lei nº 10.826/03 e art. 289, §1º, do Código Penal c.c. art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Mantenho a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa, conforme estabelecido na sentença.*

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0010685-79.2011.4.03.6105

(2011.61.05.010685-4)

Apelante: GEORGES PANTAZIS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: ACr 54589

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/11/2014

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADAS - ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.666/93 - FRAUDE À LICITAÇÃO - CONTRABANDO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - PROPRIEDADE DAS MERCADORIAS - IRRELEVÂNCIA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICÁVEL - DOLO DEMONSTRADO - PENA-BASE REDIMENSIONADA - COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DO ARTIGO 65, INCISO I DO CÓDIGO PENAL - POSSIBILIDADE - PENA DE MULTA REDIMENSIONADA - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO REDIMENSIONADAS - APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1- Analisando detidamente a r. sentença condenatória, temos que a autoria e a materialidade delitiva foram exaustivamente analisadas pelo MM. Juízo *a quo*, propiciando o manejo deste recurso pela marvótica defesa. Frise-se que o Juiz não está obrigado a analisar e rebater pormenorizadamente todos os argumentos trazidos à baila pela defesa, não havendo qualquer eiva a contaminar a decisão ora objurgada.

2 - Compulsando o *decisum* ora contestado, verificamos que o MM. Juízo de Piso condenou o apelante por ter apresentado documentação inidônea com o fim de participar de procedimento licitatório. Ainda que desconsideremos a menção à origem e data de validade das placas balísticas objeto do processo licitatório, temos que o réu foi condenado não por tais motivos, efetivamente citados na sentença, mas sim porque utilizou-se de documentação não permitida, alterando dados em dita documentação de modo a enquadrar-se no quanto descrito no edital licitatório.

3 - A materialidade do delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93 restou sobejamente demonstrada pelo Ofício nº 041/SLC, acostados às fls. 13/18, pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134 e pelos Apensos I e II que acompanham o presente feito. O réu sabia que não possuía condições de participar do certame apresentando documentação de terceiro. A despeito disso, o réu, no comando de sua empresa, apresentou a documentação exigida no certame utilizando-se de registro emitido em nome de outra empresa, a STOPOWER SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA, como nos dão conta os documentos de fls. 159/163.

4 - Temos que o próprio réu afirmou, em seu interrogatório, que já participou de várias licitações com o mesmo ente contratante e tem experiência, inclusive, em contratos internacionais, não se podendo admitir, assim, que não tivesse plena consciência de sua

conduta, agindo de maneira dolosa com o fim de produzir resultado diverso daquele legalmente previsto para o certame, sendo de rigor a manutenção da condenação.

5 - A materialidade do delito previsto no artigo 334 do Código Penal restou sobejamente demonstrada pelo Auto de Apreensão de fls. 21, pelo Laudo de Exame de Blindagem Balística de fls. 29/35 e pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134.

6 - A inicial acusatória descreve que teriam sido apreendidas oito placas balísticas para coletes, irregularmente importadas da empresa TEN CATE ADVANCED ARMOUR, com endereço na França, em poder do réu. Considerando que a importação de produtos controlados pelo Exército só é possível após a obtenção de autorização legal daquele ente, temos que o réu agiu de maneira criminosa ao importar as placas mencionadas. Observando a sequência dos fatos narrados, temos que o réu afirmou, mas não provou, que teria pedido uma licença ao exército para importar a mercadoria mencionada.

7 - Não cabe, ainda, falar-se que a empresa francesa enviou os equipamentos sem a autorização do réu, como uma “amostra”, como quer fazer crer. Dita versão dos fatos não restou comprovada nos autos, já que inexistente prova testemunhal ou documental nesse sentido, o que demonstra, de maneira cabal, o cometimento do crime e a presença do dolo na conduta do réu.

8 - Com efeito, os equipamentos irregularmente importados se destinam à defesa pessoal contra armas de fogo, mercadorias de uso controlado pelo exército e notoriamente proibidas em território nacional quando não autorizadas, não se viabilizando regularmente em qualquer hipótese, motivo pelo qual não há que se falar na insignificância da referida conduta que, no caso concreto, atingiu de forma plena a proibição da importação da mercadoria apreendida, cuja tutela abrange a segurança e a paz social.

9 - Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que os motivos do crime e suas consequências foram normais à espécie, sendo certo ainda que a culpabilidade do réu é normal ao caso dos autos, motivos pelos quais reduzo a pena-base dos delitos ao mínimo legal, quais sejam, 01 (um) ano de reclusão para o delito de contrabando. No delito de fraude à licitação, temos que a situação apresenta-se de maneira diversa. Analisando o caso dos autos, temos que o autor, sabedor da ilicitude da sua conduta, tomou providências no sentido de, ainda assim, tentar participar da licitação, demonstrando intensa culpabilidade, motivo pelo qual fixo a pena-base do delito em 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, para o delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93.

10 - No caso dos autos, presente a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (réu maior de 70 anos na data da sentença) e a agravante da reincidência, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da idade do réu na data da sentença, mantendo a pena-base nos termos em que lançadas, ausentes outras atenuantes ou agravantes no caso dos autos.

Não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena a ser consideradas.

11 - Aplicando-se, por fim, a regra prevista no artigo 69 do Código Penal, fica a pena do réu definitivamente fixada em 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

12 - O valor do dia-multa deve ser fixado em 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos por ocasião do pagamento.

13 - O regime inicial aberto deverá ser mantido para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

14 - A pena privativa de liberdade acima fixada por substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, nos moldes a serem definidos pelo Juízo da Execução Penal, e pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 02 (dois) salários mínimos por mês de condenação. Todavia, verifica-se que referido valor encontra-se dissociado da prova dos autos quanto à condição econômica do réu, motivo pelo qual reduzo o mesmo para 01 salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos a título de pena de prestação pecuniária, além de manter a pena de multa já arbitrada anteriormente.

15 - Apelação do réu a que se dá parcial provimento. Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu, para reduzir sua pena para 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, reduzindo o valor do dia-multa para 01 (um) salário mínimo e a pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, para 01 (um) salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de novembro de 2014.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de recurso de APELAÇÃO CRIMINAL interposto por GEORGES PANTAZIS em face da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Campinas/SP, que condenou o réu como incurso nas penas do artigo 334, *caput*, do Código Penal, em concurso material com o artigo 93 da Lei nº 8.666/93, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 163 (cento e sessenta e três) dias-multa, fixado o valor do dia multa em 02 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos monetariamente por ocasião do pagamento. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em pena de prestação pecuniária e pena de prestação de serviços à comunidade. Custas na forma da lei (fls. 329/348).

Consta da denúncia que:

(...) GEORGES PANTAZIS, na qualidade de proprietário e administrador da empresa INTERFABRIC E INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, utilizou-se de documentos de terceiro para habilitar-se em licitação promovida pela UNIÃO e importou produtos controlados sem a devida autorização.

GEORGES PANTAZIS, na qualidade de proprietário e gerente da empresa INTERFABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, importou, via remessa postal, produto controlado de uso restrito do Exército, sem licença prévia, conforme se denota das informações emitidas pela

Advocacia Geral da União às fls. 03 e seguintes.

Além disso, o agente, para participar do Pregão Eletrônico 023/2009, promovido pela União através da base administrativa do Comando da 11ª Brigada de Infantaria Leve em Campinas, declarou ter capacidade técnica para participar do certame, tendo, no entanto, utilizando-se de documentação de uma outra empresa do mesmo ramo - STOPOWER SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA.

Pois bem, os fatos acima foram objeto de caudaloso processo judicial perante a Justiça Federal e também de Processo Administrativo movido pelo Ministério da Defesa (fls. 505 e seguintes, Apenso I, volume 2), anexos à presente denúncia, compulsando os autos de ambos, conclui-se que a empresa INTERFABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA importou o produto de uso restrito sem a devida autorização, conforme se denota do documento de fls. 472/473 do Apenso I, Volume 2, para entregar como amostra na 11ª Brigada de Campinas (fl. 12), tendo como objetivo participar de licitação.

O material importado, consistente em 08 placas balísticas para coletes, foi devidamente apreendido, conforme denota-se à fl. 21 e passou por perícia (fls. 36/37).

Colhido o depoimento do acusado, às fls. 125/126, aduziu que em outubro de 2009, solicitou, na qualidade de proprietário da empresa INTERFABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, da empresa TENCATE ADVANCED ARMOUR, um jogo de placas balísticas para coletes a prova de balas, com a finalidade de apresentar como amostra e então, participar do Pregão Promovido pela UNIÃO. Esclareceu também que as placas não tinham valor comercial; que foram devidamente recolhidos os Impostos de importação e ICMS e que, como o material foi enviado via FEDEX, sem sua autorização, e não por importação regular, não houve tempo de obter licença prévia do Exército Brasileiro.

Porém, tais informações fornecidas pelo acusado não se prestam a ilidir os delitos praticados por ele, mormente a declaração falsa, apresentada com dolo para participar da licitação, com prejuízo evidente à fiscalização e aos demais licitantes.

Também a importação de produto controlado sem a devida autorização do Exército, nos moldes de seu Regulamento-105 (fls. 81/83 do Apenso I - volume 2), não se justifica, nem pela falta de tempo e muito menos pela alegação de ausência de valor econômico. Temos, portanto, que sejam quais foram as circunstâncias que levaram o acusado a agir dessa forma reprovável e escusa, tais fatos devem ser devidamente apenados pela Justiça par que se busque a reparação de todos os prejuízos causados, além de reprimir outras condutas semelhantes.

II. Da autoria e materialidade delitivas

A autoria e materialidade dos ilícitos perpetrados pelo denunciado estão demonstradas através do processo apenso os autos principais (apenso 1, com 3 volumes), que trata das irregularidades constatadas no processo licitatório, mormente declaração falsa, feita pelo denunciado, e seu depoimento pessoal, às fls. 125/126.

III. Da imputação penal

Ao apresentar documentos de terceiros perante a licitação promovida pela União no âmbito do Comando da 11ª Brigada de Infantaria Leve em Campinas, incorreu o denunciado nas penas previstas pelo artigo 93 da Lei nº 8.666/93. Além disso, ao importar produto de uso controlado sem autorização, incorreu também nas penas previstas no art. 334 do Código Penal, a seguir transcritos:

(...)

IV. Dos pedidos

Pelo exposto, o *Ministério Público Federal* denuncia GEORGES PANTAZIS pela prática dos crimes previstos no artigo 334 do Código Penal e artigo 93 da Lei 8.666/93, em concurso material, na forma do art. 69 do Código Penal, requerendo o recebimento e autuação desta peça. (...) (fls. 138/141) (os destaques são no original).

A denúncia foi recebida em 21 de setembro de 2009 (fl. 142/142vº).

Defesa preliminar, arrolando testemunhas, acostada as fls. 154/158.

Decisão determinando o regular prosseguimento da ação penal e designando audiência de instrução e julgamento às fls. 161/161vº.

Testemunhas de defesa ouvidas às fls. 178/182 (mídia de fl. 183).

Testemunha de acusação ouvida às fls. 213/214 (mídia de fl. 215).

Interrogatório do acusado a fl. 222 (mídia de fl. 223).

Requerimentos do Ministério Público Federal, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, acostados às fls. 225/226. Pedidos deferidos à fl. 227.

Nova mídia contendo os depoimentos das testemunhas de defesa encartada à fl. 232 dos autos.

A defesa não apresentou requerimentos na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal (fls. 257).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 258/276), enquanto a defesa se bateu pela absolvição do réu (fls. 301/326).

A sentença condenatória foi prolatada em 22 de março de 2013 (fls. 329/348), intimando-se o Ministério Público Federal em 25 de março de 2013 (fl. 349vº) e disponibilizando-se no Diário Eletrônico da Justiça em 03 de abril de 2013 (fl. 351).

Apela o réu alegando, preliminarmente, ser nula a r. sentença condenatória por não ter apreciado fundamento relevante trazido pela defesa, bem como por não ter respeitado o princípio da vinculação temática, tendo a r. sentença fundamentado a condenação em fatos e circunstâncias não descritos na exordial acusatória, sendo de rigor o reconhecimento das nulidades ora trazidas à baila. No mérito, alega que o réu não agiu com dolo e que os documentos mencionados na denúncia deveriam ser verificados por funcionários do exército, o que descaracteriza o crime tratado no artigo 93 da Lei nº 8.666/93, afirmando, ainda, que, em relação ao delito de contrabando, não restou comprovada a autoria imputada ao réu e, caso assim se entenda, é cabível a aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, ou próxima a este, para cada um dos delitos, bem como seja redimensionada a pena de multa aplicada ao acusado (fls. 419/459).

Com as contrarrazões (fls. 462/492), os autos subiram a esta E. Corte Regional, na qual o douto Procurador Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 495/501).

É O RELATÓRIO.

A revisão.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Antes de adentrar ao mérito da ação penal, cabe analisar as matérias preliminares trazidas à baila pela defesa do apelante.

Alega o recorrente ser nula a r. sentença de primeiro grau por não ter analisado sua alegação de ser impossível condenar-se o réu pelo crime previsto na Lei nº 8.666/93 quando a

documentação apresentada seria, posteriormente, verificada por funcionário público envolvido no processo licitatório.

Não assiste razão ao recorrente, já que referida alegação diz respeito ao mérito do recurso. Analisando detidamente a r. sentença condenatória, temos que a autoria e a materialidade delitiva foram exaustivamente analisadas pelo MM. Juízo *a quo*, propiciando o manejo do bem lançado recurso pela marvótica defesa. Frise-se que o Juiz não está obrigado a analisar e rebater pormenorizadamente todos os argumentos trazidos à baila pela defesa, não havendo qualquer eiva a contaminar a decisão ora objurgada.

Também não há que se falar em nulidade da r. sentença de primeiro grau pela não observância do princípio da correlação temática.

Compulsando o *decisum* ora contestado, verificamos que o MM. Juízo de Piso condenou o apelante por ter apresentado documentação inidônea com o fim de participar de procedimento licitatório. Ainda que desconsideremos a menção à origem e data de validade das placas balísticas objeto do processo licitatório, temos que o réu foi condenado não por tais motivos, efetivamente citados na sentença, mas sim porque utilizou-se de documentação não permitida e alterando dados na mesma, de modo a enquadrar-se no quanto descrito no edital licitatório.

Nesse sentido, trago à colação trecho das bem lançadas contrarrazões do Ministério Público Federal, *in verbis*:

(...) ainda que se considere que houve violação ao princípio da correlação temática, ainda assim não seria o caso de nulidade da r. sentença, pois, da simples leitura desta, verifica-se que o apelante foi condenado às sanções do crime de fraude à licitação previsto no art. 93 da Lei nº 8.666/93 por outros fatos que não só o referente à entrega dos referidos produtos com a modificação do real fabricante e da data de validade, de modo que a exclusão deste fato não descaracterizaria o crime de fraude ao certame licitatório.

Dito de outro modo, ainda que se *desconsidere, retire* da sentença condenatória as irregularidades que macularam a entrega das amostras das placas balísticas (superposição de etiqueta sobre o real fabricante a adulteração da data de validade), os fundamentos remanescentes da decisão são suficientes e bastam para a comprovação da fraude exigida pelo tipo penal e para a manutenção do decreto condenatório. (...) (fl. 467).

Rejeitadas as preliminares, passo a análise do mérito do recurso.

ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.666/93

Consta da denúncia que o réu, na qualidade de proprietário e administrador da empresa INTERFABRIC E INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, utilizou-se de documentos de terceiro para habilitar-se em licitação promovida pelo Exército Brasileiro.

A materialidade do delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93 restou sobejamente demonstrada pelo Ofício nº 041/SLC, acostados às fls. 13/18, pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134 e pelos Apenso I e II que acompanham o presente feito.

A autoria também restou comprovada, como passaremos a demonstrar.

Como se observa do documento acostado às fls. 81/83 do Apenso I, a empresa INTERFABRIC foi notificada pelo Exército Brasileiro de que não poderia participar do certame ora tratado, pois não possuía as autorizações legais para tanto. Transcrevo trecho do Ofício citado para melhor esclarecer a questão:

(...)

d) é por conseguinte, vedado ao mandatário, ainda que se trate de representante comercial, exercer, com base em poderes conferidos por outrem em instrumento de mandato, *em nome próprio*, o comércio de produtos controlados de uso restrito ou participar de processo licitatórios de tais produtos nos quais os instrumento convocatórios exijam, dos participantes, registro no Exército.

(...)

Incumbiu-me, também, o Senhor Comandante da 5ª Região Militar - 5ª Divisão de Exército, de informar que essa empresa possui em suas apostilas a atividade de comércio de produtos controlados de *uso restrito sem fabricá-los*, portanto, salvo outro juízo, sem amparo legal para o exercício da referida atividade com estes produtos. (...)

Assim, o réu sabia que não possuía condições de participar do certame apresentando documentação de terceiro.

A despeito disso, o réu, no comando de sua empresa, apresentou a documentação exigida no certame utilizando-se de registro emitido em nome de outra empresa, a STOPOWER SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA, como nos dão conta os documentos de fls. 159/163.

É necessário repisar que o réu sabia que não poderia emitir nota fiscal em nome da empresa STOPOWER, ou seja, não poderia participar da licitação utilizando-se desse expediente, como já explicitado. Mesmo assim, o réu levou adiante sua intenção de participar do certame licitatório, não se importando com as determinações legais que regiam a matéria.

Referido comportamento redundou em efetiva perturbação ao procedimento licitatório, incorrendo, assim, o réu nas penas do artigo 93 da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, importante registrar trechos do Ofício nº 001/SLC/2010, acostado às fls. 392/394 do Apenso I (volume II), *in verbis*:

(...) 2. Conforme NOTIFICAÇÃO enviada para essa empresa, datada em 22 de dezembro de 2009, esta Organização Militar informa que tomou conhecimento do Ofício 2049-SFPC/5.2.B, de 2 de julho de 2009, recebido nessa empresa em 06 de julho de 2009.

3. O citado ofício cientificou a retificação do Certificado de Registro (CR), dessa empresa (CR 52150 - SIGMA - SFPC/5), informando que:

(...)

4. No entanto, mesmo tendo conhecimento dessas limitações legais no que se refere à comercialização/venda de produtos controlados de uso restrito, essa empresa participou do Processo de Licitação de Pregão Eletrônico para Sistema de Registro de Preços 023/2009-SLC, desta Organização Militar *na situação de concorrente*.

5. Contrariando a vedação imposta pela Administração acima apontada, também se insurgiu contra os requisitos da concorrência expressos no Edital de Pregão Eletrônico para Sistema de Registro de Preços 023/2009-SLC, incorrendo nas penas, vazados da seguinte forma:

(...)

7. Desta forma a empresa Interfabric Indústria e Comércio Ltda. *comportou-se de modo inidôneo e fez declaração falsa* perante a Administração Pública, incorrendo em falta grave, pois participou efetivamente do certame, quando estava expressamente impedido de fazê-lo, gerando prejuízo ao andamento desse processo licitatório. (...) (os destaques são no original).

Restou comprovado que o apelante sabia que não podia participar do certame em questão pois não tinha autorização para tanto, sendo-lhe vedado utilizar-se de autorizações de terceiro, ainda que fosse procurador daqueles. O que se depreende da documentação citada acima é que o acusado desrespeitou, deliberadamente, as regras de participação impostas pela

entidade licitante.

Não se diga que o apelante não tinha consciência da ilicitude dos seus atos, pois foi formalmente informado da impossibilidade de inscrever-se no certame da maneira que o fez. Ainda é necessário ressaltar que as testemunhas de defesa, embora tenham informado que o réu é pessoa idônea e que, supostamente, o procedimento adotado possa parecer normal, afirmaram não ter conhecimento do edital ou de qualquer outro fato que recomendasse o procedimento ora citado.

Como se tudo isso não bastasse, temos que o próprio réu afirmou, em seu interrogatório, que já participou de várias licitações com o mesmo ente contratante e tem experiência, inclusive, em contratos internacionais, não se podendo admitir, assim, que não tivesse plena consciência de sua conduta, agindo de maneira dolosa com o fim de produzir resultado diverso daquele legalmente previsto para o certame, sendo de rigor a manutenção da condenação.

ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL

Consta da denúncia que o réu, na qualidade de proprietário e gerente da empresa INTER-FABRIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, importou, via remessa postal, produto controlado de uso restrito do Exército, sem licença prévia, conforme se denota das informações emitidas pela Advocacia Geral da União às fls. 03 e seguintes.

Pretende o apelante a reforma da decisão do Juízo de Primeiro Grau, afirmando ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando. Alega também que não agiu com dolo.

A materialidade do delito previsto no artigo 334 do Código Penal restou sobejamente demonstrada pelo Auto de Apreensão de fls. 21, pelo Laudo de Exame de Blindagem Balística de fls. 29/35 e pelo Relatório Final acostado às fls. 133/134.

A autoria também restou comprovada, como passaremos a demonstrar.

No caso concreto a inicial acusatória descreve que teriam sido apreendidas oito placas balísticas para coletes, irregularmente importadas da empresa TEN CATE ADVANCED ARMOUR, com endereço na França, em poder do réu.

Considerando que a importação de produtos controlados pelo Exército só é possível após a obtenção de autorização legal, temos que o réu agiu de maneira criminosa ao importar as placas mencionadas. Observando a sequência dos fatos narrados, temos que o réu afirmou, mas não provou, que teria pedido uma licença ao exército para importar a mercadoria mencionada.

A despeito do suposto pedido de licença, o réu fez importar as placas balísticas para participar de certame licitatório, independentemente de saber se aquele seria deferido ou não. O correto seria esperar o deferimento do pedido e, então, requerer a importação do material citado.

Não foi essa a conduta do réu. Mesmo sabedor da irregularidade da conduta, pois havia pedido a licença para importação do material, agiu em confronto ao regramento legal atinente à situação dos autos. Ou seja, não se portou com a regularidade sabidamente necessária ao realizar a importação das placas, incorrendo assim no delito de contrabando.

Não cabe, ainda, falar-se que a empresa francesa enviou os equipamentos sem a autorização do réu, como uma “amostra”. Dita versão dos fatos não restou comprovada nos autos, já que inexistente prova testemunhal ou documental nesse sentido, o que demonstra, de maneira cabal, o cometimento do crime e a presença do dolo na conduta do réu.

Com efeito, os equipamentos irregularmente importados se destinam à defesa pessoal contra armas de fogo, mercadorias de uso controlado pelo exército e notoriamente proibidas

em território nacional quando não autorizadas, não se viabilizando regularmente em qualquer hipótese, motivo pelo qual não há que se falar na insignificância da referida conduta que, no caso concreto, atingiu de forma plena a proibição da importação da mercadoria apreendida, cuja tutela abrange a segurança e a paz social.

Nesse sentido já se decidiu nessa corte regional, *in verbis*:

PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. MÁQUINAS CAÇA - NÍQUEIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. I - *A aplicação do princípio da insignificância não se autoriza no caso em tela, na medida em que trata do crime de contrabando, onde não se deve levar em conta somente valores patrimoniais, mas também o prejuízo que a conduta traz à sociedade, ainda mais quando as mercadorias apreendidas se destinam à exploração de jogo de azar, cuja proibição em território nacional é notoriamente conhecida.* II - Ordem conhecida e denegada. (HC 00257341120124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO PELA ACUSAÇÃO. CONTRABANDO. MERCADORIA PROIBIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS DE AUTORIA. 1. Conforme dispõe expressamente o art. 576 do Código de Processo Penal, “o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”, o qual será submetido a julgamento, a despeito da apresentação de razões recursais em conformidade com a própria decisão impugnada. 2. *O princípio da insignificância é aplicável ao delito de descaminho, na medida em que a exação resulte inferior a R\$10.000,00, em consonância com a jurisprudência dominante, segundo a qual esse seria o valor mínimo para cobrar o crédito tributário correspondente. 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.* 3. *Na espécie, o acusado foi surpreendido explorando duas máquinas caça-níqueis em seu estabelecimento comercial. (...).* (RSE 00067120820104036120, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/03/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

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. (...). 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. (ACR 00044283420084036108, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Há que se destacar, ainda, a existência de diversas decisões recentemente proferidas pelos Tribunais Superiores, afastando a aplicabilidade do princípio da insignificância ao delito de contrabando, *in verbis*:

Habeas corpus. 2. Contrabando. 3. Aplicação do princípio da insignificância . 4. Impossibilidade. Desvalor da conduta do agente. 5. Ordem denegada. (HC 110964, GILMAR MENDES, STF.)

(...) EMEN: *HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE GASOLINA ORIUNDA DA VENEZUELA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.* 1. *O princípio da insignificância não se aplica ao delito de contrabando, por não se tratar de crime puramente fiscal.* 2. *Com efeito, ao contrário do que ocorre com o delito de descaminho, o bem juridicamente tutelado, no crime de contrabando, vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, pois também visa à proteção do interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.* 3. *Ordem de habeas corpus denegada...* EMEN:(HC 201202334727, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:25/04/2013 ..DTPB:.)

Deverá ser afastada, portanto, a aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso concreto.

Assim, tenho que restaram plenamente comprovadas, nos autos, a materialidade e a autoria delitivas.

Nesse sentido, vale trazer à colação o bem lançado parecer do Ilustríssimo Procurador Regional da República, Dr. João Francisco Bezerra de Carvalho, *in verbis*:

(...) Em que pese a alegação da defesa no sentido de ver aplicado ao delito de contrabando ora sob análise o princípio da insignificância, cumpre registrar que aqui, diferentemente do descaminho, há outros interesses públicos lesados, razão pela qual o princípio da insignificância não encontra acolhida aqui.

Por outro lado, o princípio da insignificância somente se aplica aos crimes cuja objetividade jurídica aponta para os cofres públicos. Jamais para o crime de contrabando, eis que a burla a importações proibidas está a ofender diretamente não o Erário (não incide imposto sobre a atividade), mas sim a própria administração pública e alfandegária (indiretamente o consumidor, a saúde e moralidade públicas etc).

Ora, nos ilícitos alfandegários que implicam em crimes de contrabando não há imposto, multa ou acessórios a serem recolhidos pelo importador, tendo em vista que a nacionalização do bem já é, por si só, proibida. Decorrência inarredável disso é a perda e destruição do bem, a serem decretados no respectivo procedimento fiscal, e não a constituição de crédito tributário a ser recolhido pelo interessado, como ocorre nas hipóteses de descaminho.

E não é outro o entendimento jurisprudencial. Vejamos:

(...)

Desta feita, nota-se a inaplicabilidade do princípio da insignificância a crimes de contrabando como *in casu*. (...) (fls. 497vº/498vº)

Desta feita, a manutenção da sentença condenatória é medida que se impõe.

Passo a analisar a dosimetria das penas.

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico que os motivos do crime de contrabando e suas consequências foram normais à espécie, sendo certo ainda que a culpabilidade do réu é normal ao caso dos autos, motivos pelos quais reduzo a pena-base do delito ao mínimo legal, 01 (um) ano de reclusão.

No delito de fraude à licitação, temos que a situação apresenta-se de maneira diversa. Analisando o caso dos autos, temos que o autor, sabedor da ilicitude da sua conduta, tomou providências no sentido de, ainda assim, tentar participar da licitação, demonstrando intensa culpabilidade, motivo pelo qual fixo a pena-base do delito em 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, para o delito previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93.

Na segunda fase de fixação de pena, observo que a moderna Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem permitido a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, não havendo motivo lógico, assim, para não se permitir a compensação da reincidência com outras atenuantes.

No caso dos autos, presente a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (réu maior de 70 anos na data da sentença) e a agravante da reincidência, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da idade do réu na data da sentença, mantendo a pena-base nos termos em que lançadas, ausentes outras atenuantes ou agravantes no caso dos autos.

Não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena a ser consideradas.

Aplicando-se, por fim, a regra prevista no artigo 69 do Código Penal, fica a pena do réu definitivamente fixada em 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

O valor do dia-multa deve ser fixado em 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos por ocasião do pagamento.

O regime inicial aberto deverá ser mantido para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade acima fixada por substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, nos moldes a serem definidos pelo Juízo da Execução Penal, e pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 02 (dois) salários mínimos por mês de condenação. Todavia, verifica-se que referido valor encontra-se dissociado da prova dos autos quanto à condição econômica do réu, motivo pelo qual reduzo o mesmo para 01 salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos a título de pena de prestação pecuniária, além de manter a pena de multa já arbitrada anteriormente.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação do réu, para reduzir sua pena para 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de detenção, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, reduzindo o valor do dia-multa para 01 (um) salário mínimo e a pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, para 01 (um) salário mínimo por mês de condenação, perfazendo um total de 20 (vinte) salários mínimos, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0010977-85.2012.4.03.6119

(2012.61.19.010977-7)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E MIGUEL ANGEL MARTIN GIL (réu preso)

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: ACr 56697

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2015

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO (ART. 386, VI, CP). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA: PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, CP CONJUGADA COM O ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. DESFAVORÁVEIS. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, “D”, DO CP). INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE DELAÇÃO PREMIADA (ART. 41, LEI 11.343/06). CONFIGURADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 (ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA). IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DA TRANSNACIONALIDADE (ART. 40, I, LEI 11.343/06). INCIDÊNCIA. PATAMAR FIXADO. CORRETO. AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÕES DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO DESPROVIDAS.

I. Apelações da defesa e da acusação contra sentença condenatória às penas privativa de liberdade de 08 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão que, considerado o tempo de prisão provisória do réu na forma do art. 387, § 2º, do CPP (de 31/10/2012 até a data da sentença - total de 07 meses e 21 dias), tronou-se em 07 anos, 07 meses e 02 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 631 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época, pela prática do crime no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

II. Materialidade delitiva e a autoria dolosa demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

III. Não merece guarida à pretensão de reconhecimento de estado de necessidade exculpante, como excludente de ilicitude, por inexigibilidade de conduta diversa em razão das dificuldades financeiras e idade avançada do réu para o labor, quer para fins da absolvição na forma do art. 386, VI, do CPP, quer para aplicação da causa de diminuição de pena do § 2º do art. 24 do CP. Noutro vértice, o acusado sequer logrou êxito em comprovar a dificuldade financeira, cujo ônus competia à defesa, a teor do art. 156 do CPP.

IV. O art. 42 da Lei Antidrogas configura norma especial em relação ao art. 59 do CP, devendo o magistrado dar maior relevo à natureza e quantidade do entorpecente em cotejo com as demais circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Razoável a fixação

da pena-base acima do mínimo legal, considerada a natureza (cocaína) e quantidade (massa bruta de 10.483 - massa líquida de 10.021g) da droga apreendida. As demais circunstâncias judiciais também foram devidamente sopesadas no decreto condenatório, o que, inclusive, norteou a elevação da pena acima do mínimo legal.

V. É remansosa a jurisprudência no sentido da aplicação da atenuante genérica do art. 65, III, “d”, do CP, desde que espontânea, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante. O juiz utilizou expressamente a confissão para a formação do seu convencimento. Segundo orientação do STJ, para configuração da atenuante, basta o simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, mostrando-se irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo. Recente jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que “a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea ‘d’ do inciso III do artigo 65 do Código Penal” (*AgRg no REsp 1.416.247/GO*).

VI. A forma de execução do delito e a logística empregada demonstram o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional, não atendidos os requisitos necessários à concessão do benefício insculpido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Não se exige o requisito de estabilidade na integração à associação criminosa para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Se configurada tal estabilidade ou permanência, estaríamos diante do crime de associação para o tráfico tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico tipificado no art. 33 do mesmo diploma legal, o que, todavia, à mingua de recurso da acusação nesse sentido, sequer pode se aventada tal possibilidade (princípio da *non reformatio in pejus*).

VII. Para o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena descrita no art. 41 da Lei nº 11.343/2006, em razão do instituto denominado pela doutrina de delação premiada, faz-se imprescindível à eficácia da delação, mediante a indicação de elementos a possibilitar a identificação dos demais integrantes da estrutura criminosa. Da análise dos autos, infere-se que tal benefício foi negado na sentença com lastro no probatório colhido na instrução criminal, pois o acusado não delatou de forma eficaz a existência de organização criminosa nem possibilitou o seu desmantelamento ou prisão de seus membros. VIII. O legislador, ao prever a causa especial de aumento da pena pela transnacionalidade, normatizada pelo art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, pretendeu estabelecer distinção em relação à exportação nacional tipificada no art. 33 (*caput*), consubstanciada esta na remessa de entorpecente para fora do Estado, Município ou Região, porém, dentro do País. Para a caracterização da majorante é imprescindível que a operação realizada seja destinada à introdução de substâncias entorpecentes no território nacional ou de sua difusão para o exterior, como se verificou na espécie (Brasil - Portugal - Espanha). Respeitante ao *quantum*, a causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito unicamente à internacionalidade ou transnacionalidade do tráfico de drogas, sendo irrelevante a trajetória geográfica a ser percorrida. Noutro vértice, cogitando-se a internacionalidade, ou transnacionalidade do delito, como única causa de aumento de pena, é de rigor a sua fixação no patamar mínimo de 1/6. A aplicação em patamar superior deve ser reservada ao concurso de causas de aumento de pena constantes do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

IX. O legislador, ao fixar os parâmetros da pena pecuniária, observou as caracte-

rísticas inerentes ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que as questões referentes à eventual impossibilidade de cumprimento, assim como relativas ao eventual decreto de expulsão, devem ser discutidas, no momento oportuno, perante o Juízo das Execuções.

X. Para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o juiz deve valer-se não apenas das penas impostas, mas igualmente das circunstâncias judiciais. Nesse sentido: Súmulas 440/STJ e 718/STF e 719/STF. Respeitante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador infraconstitucional dispensou tratamento mais rigoroso ao estabelecer no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado. Porém, a Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal (HC 111.840, de 27/06/2012). Dessa forma, embora permitido regime inicial mais brando para os crimes hediondos e equiparados, devem ser observados os critérios comuns aos demais delitos (art. 33, do CP). Considerando a pena privativa de liberdade de 07 anos, 07 e 21 dias (já descontado o tempo de prisão provisória até a data da sentença condenatória - art. 387, § 2º, do CPP), somado ao quadro de circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, em conjugação com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, que não se mostram em sua integralidade favoráveis ao acusado, impõe-se a manutenção do regime inicial fechado (art. 33 c/c art. 59, CP).

XI. O Pleno do STF declarou inconstitucional o impedimento legal da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (HC 97256/RS). Assim, embora permitida a conversão da pena privativa de liberdade, devem ser preenchidos os requisitos legais necessários. Na espécie, cuja pena privativa de liberdade é superior a 04 anos de reclusão, impossibilitada à substituição por restritiva de direitos (art. 44, inciso I, CP).

XII. Apelações da defesa e da acusação desprovidas.

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 às apelações da defesa e da acusação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal (fls. 213/223) e por Miguel Angel Martin Gil (fls. 244/259) contra a r. sentença de fls. 197/204, proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, que julgou procedente ação penal para condenar o acusado à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, e considerando o tempo de prisão provisória do réu, de 31/10/2012 até a data da sentença, perfazendo 07 (sete) meses e 21(vinte e um) dias,

torno-a em 07 (sete) anos, 07 (sete) meses e 02 (dois) dias de reclusão, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.736/12), em regime inicial fechado, e ao pagamento de 631 (seiscentos e trinta e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época, pela prática do crime no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Consta de denúncia (fls. 53/54), que Miguel Angel Martin Gil, em 31.10.2012, “trazia consigo oculto em sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, no exterior, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regularmente, 10.021 g (dez mil e vinte gramas) de cocaína - massa líquida, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica. No momento da prisão, o denunciado foi surpreendido pela Polícia Federal quando estava prestes a embarcar no voo TP084 da companhia aérea TAP Portugal, com destino final a Sevilha, Espanha”.

A denúncia foi recebida em 01.02.2013 (fls. 80/82).

Transcorrida a regra instrução processual, respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sobreveio a r. sentença condenatória publicada em 26.06.2013 (fl. 205).

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, com razões recursais às fls. 213/223, suscitando em síntese:

a) aumento da pena-base, invocando a aplicação dos critérios previstos no artigo 42 da Lei Antidrogas. Alega que a natureza (cocaína) da substância entorpecente ostenta grave potencial de indução ao vício e a quantidade apreendida é expressiva, tendo o condão de causar maior lesão ao bem jurídico tutelado. Sustenta também serem desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais pertinentes à culpabilidade (experiência suficiente para saber do caráter ilícito de suas condutas), motivos, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime;

b) inaplicabilidade da atenuante da confissão. Alega que a descoberta do crime ocorreu exclusivamente em razão de diligência policial (prisão em flagrante), sendo admitida a autoria pelo réu depois de haver sido encontrada a substância entorpecente em seu poder. Ademais, afirma que o réu buscou ver reconhecida a existência de estado de necessidade exculpante, o que afastaria a atenuante;

c) majoração da causa de aumento referente à transnacionalidade. Aduz que o réu buscou violar interesse de mais Estados do que ocorre comumente (Brasil - Portugal - Espanha), merecendo reprimenda mais severa.

A defesa ofereceu contrarrazões às fls. 237/243, pugnando pelo desprovimento do recurso de apelação da acusação.

O acusado Miguel Angel Martin Gil, por seu turno, apelou, às fls. 244/259, requerendo, em síntese:

a) absolvição na forma do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, afirmando estar configurado o estado de necessidade exculpante, como causa de excludente da culpabilidade, diante da inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista a sua condição de hipossuficiência financeira; e, subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição prevista no § 2º do artigo 24 do Código Penal;

b) caso não absolvido, pleiteia a redução da pena aplicada com a fixação da pena-base no mínimo legal, ao argumento de serem favoráveis as circunstâncias judiciais;

c) aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo;

- d) reconhecimento da delação premiada;
- e) afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, vez que a internacionalidade do tráfico já integra o tipo penal (verbo exportar);
- f) afastamento da pena de multa. Alega que o réu, na condição de “mula”, está impossibilitado financeiramente de efetuar o pagamento integral da pena pecuniária, o que implicará em sua prisão por mais tempo do que o devido, violando o princípio constitucional do direito à liberdade, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna. Alega, ainda, que o processo de expulsão só se concretiza, conforme demonstra a experiência, com o pagamento integral da pena de multa;
- g) fixação de regime inicial e cumprimento da pena mais brando que o fechado;
- h) possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A acusação ofereceu contrarrazões às fls. 264/273, pugnando pelo desprovimento do recurso de apelação da defesa.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, atuante no segundo grau de jurisdição, lançou parecer às fls. 299/312, manifestando-se pelo parcial provimento do recurso da acusação para majoração da pena-base, vez que desfavoráveis as circunstâncias relacionadas à quantidade e natureza da droga apreendida, bem como pelo afastamento da atenuante de confissão; e pelo desprovimento da apelação da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Em sentença exarada às fls. 197/204, proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, o réu Miguel Angel Martin Gil foi condenado à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, e considerando o tempo de prisão provisória do réu, de 31/10/2012 até a data da sentença, perfazendo 07 (sete) meses e 21(vinte e um) dias, resultou em 07 (sete) anos, 07 (sete) meses e 02 (dois) dias de reclusão, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.736/12), em regime inicial fechado, e ao pagamento de 631 (seiscentos e trinta e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época, pela prática do crime no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

As penas privativa de liberdade e pecuniária foram fixadas na sentença hostilizada nos seguintes moldes:

DOSIMETRIA DA PENA

Pena Privativa de Liberdade

1ª Fase (arts. 59 do CP e 42 da Lei nº 11.343/06):

. Pena-base de 08 anos e 06 meses de reclusão.

2ª Fase (atenuantes e agravantes):

a) Atenuante do art. 65, III, “d”, do CP (confissão) - reconhecida no patamar de 1/6.

. Pena reduzida para 07 anos e 01 mês de reclusão.

b) Atenuante Inominada (art. 66, do CP) - não foi reconhecida.

c) Sem agravantes.

3ª Fase (causa de diminuição ou aumento de pena):

a) Causa de diminuição do art. 24, § 2º, do CP - não foi reconhecida.

b) Causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - não foi reconhecida.

c) Causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 (transnacionalidade) - reconhecida no patamar mínimo de 1/6.

. Pena aumentada para 08 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão.

Pena Definitiva

. Pena de 08 anos e 03 meses e 05 dias de reclusão

Art. 387, § 2º, do CPP (tempo de prisão provisória, administrativa ou internação).

Considerada a prisão provisória do réu, de 31/10/2012 até a data da sentença, de 07 meses e 21 dias de reclusão.

. Pena Privativa de Liberdade de 07 anos, 07 meses e 02 dias de reclusão.

Pena de Multa

1ª Fase (arts. 42 e 43 da Lei nº 11.343/06)

.Pena pecuniária de 650 dias-multa.

2ª Fase (atenuantes e agravantes):

a) Atenuante do art. 65, III, "d", do CP (confissão) - reconhecida no patamar de 1/6.

. Pena pecuniária reduzida para 541 dias-multa.

3ª Fase (causa de diminuição ou aumento de pena):

a) Causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 (transnacionalidade) - reconhecida no patamar mínimo de 1/6.

. Pena pecuniária aumentada para 631 dias-multa.

Pena Definitiva

. Pena pecuniária de 631 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato (ausência de elementos indicativos de maior capacidade econômica do réu).

Inconformados, interpuseram recurso de apelação o Ministério Público Federal e a defesa.

Antes de adentrar ao exame das apelações, cumpre assinalar que, não obstante ausência de insurgência, mostra-se relevante fazer breves considerações acerca da materialidade delitiva e autoria dolosa do acusado.

A *materialidade delitiva* encontra-se demonstrada pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O Laudo Preliminar de Constatação de fls. 07/09 e o Laudo de Perícia Criminal Definitivo- Química Forense de fls. 112/115, atestaram ser cocaína a substância apreendida, totalizando a massa bruta dos invólucros 10.483 (dez mil quatrocentos e oitenta e três gramas) e a massa líquida dos invólucros 10.021g (dez mil e vinte e um gramas).

A *autoria* do crime foi comprovada pela situação de flagrância do réu transportando substância entorpecente (Auto de prisão de fls. 02/03), corroborada pelo conjunto probatório. Depoimentos do condutor Jonson Lara Júnior (Agente da Polícia Federal) às fls. 02/03 e da segunda testemunha, Alexandre Sérgio Vieira (Auxiliar de serviços portuários) à fl. 04 e, ainda, pelo próprio acusado, por ocasião de seu interrogatório de fl. 158 (CD - fl. 160). Demonstrado que o réu, de forma livre, voluntária e consciente, praticou o crime de tráfico internacional de entorpecentes.

A conduta delitiva imputada ao acusado Miguel Angel Martin Gil na peça acusatória ajusta-se ao *tipo penal* descrito no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, os quais dispõem:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Feitas essas ponderações, passo às alegações recursais da defesa e da acusação.

DO ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

Pretende o acusado o reconhecimento de estado de necessidade exculpante, como excludente de ilicitude, decorrente de inexigibilidade de conduta diversa em razão das dificuldades financeiras enfrentadas e da idade avançada para o labor.

Contudo, não merece guarida a pretensão, quer para fins da absolvição na forma do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, quer para o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 2º do artigo 24 do Código Penal, como pleiteado.

Estabelece o artigo 24 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Na espécie, não se verificam presentes os requisitos mínimos para configuração do estado de necessidade.

Percalços econômicos, ainda que agravados por idade avançada, *de per si*, não podem justificar o cometimento da conduta delitiva, pois não se pode aceitar que o tráfico internacional de entorpecentes seja a única alternativa de sobrevivência do réu. Registro, por oportuno, que o réu, nascido em 29.09.1958, conta hoje com 56 (cinquenta e seis) anos, o que entendo não se tratar sequer de idade avançada para o mercado de trabalho.

Saliente-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e, ainda, o crime de tráfico de drogas é considerado de tamanha gravidade que foi equiparado ao crime hediondo.

Noutro vértice, o acusado sequer logrou êxito em comprovar a dificuldade financeira, cujo ônus competia à defesa, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Portanto, não há que se falar em absolvição ou reconhecimento da causa de diminuição de pena preconizada no § 2º do artigo 24 do Código Penal.

Nesse sentido, é a orientação deste Egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONCEDIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTADA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO.

AUTORIA. MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVADOS. ERRO DE TIPO E ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO CARACTERIZADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE MAJORADA EM MENOR PROPORÇÃO. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE. AFASTADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33 § 4º DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO PELO JUÍZO DO CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.

Omissis

XI - O “estado de necessidade exculpante”, defendido pela teoria diferenciadora e de divergente aceitação doutrinária e jurisprudencial, é fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa, requisito sem o qual inexiste culpabilidade. Contudo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilicitude ou de causa de diminuição de pena. E ainda que assim não fosse, melhor sorte não restaria à defesa, tendo em vista que a prática de tráfico internacional de entorpecentes não era a única alternativa de sobrevivência dos apelantes.

Omissis

XX - Preliminar de nulidade da sentença afastada. Apelação da defesa dos réus parcialmente provida para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, para majorar a pena-base em menor proporção, mantida no mais a sentença condenatória. (Destaquei) (TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR 0009967-06.2012.4.03.6119, Rel. DESSEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 10/06/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/11/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DO RECURSO: PREJUDICADO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. CRIME IMPOSSÍVEL: NÃO CONFIGURADO. ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: NÃO DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

Omissis

8. Estado de necessidade exculpante e inexigibilidade de conduta diversa na prática da associação para o tráfico internacional de drogas não comprovados. Os réus não comprovaram a premência em salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade, nem poderia evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, conforme determina o artigo 24 do Código Penal.

Omissis

17. Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas. (Destaquei) (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0003156-69.2008.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 25/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2014)

DA PENA-BASE

A defesa pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, afirmando que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao acusado.

Por sua vez, o Ministério Público Federal requer a majoração da pena-base, invocando a aplicação dos critérios previstos no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. Alega que a natureza (cocaína) da substância entorpecente ostenta grave potencial de indução ao vício e a quantidade apreendida é expressiva, tendo o condão de causar maior lesão ao bem jurídico tutelado.

Sustenta, também, desfavoráveis as circunstâncias judiciais pertinentes à culpabilidade (pois detém experiência suficiente para saber do caráter ilícito de suas condutas), motivos, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime.

De início, pondero que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece expressamente que o juiz, na fixação das penas, deverá considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, o artigo 42 da Lei Antidrogas configura norma especial em relação ao artigo 59 do Código Penal, devendo o magistrado dar maior relevo à natureza e quantidade do entorpecente em cotejo com as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do compêndio penal.

Do exame do caso concreto, mostra-se razoável a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerada a natureza (cocaína) e quantidade (massa bruta de 10.483 - massa líquida de 10.021g) da droga apreendida.

Quanto às demais circunstâncias judiciais também foram devidamente sopesadas no decreto condenatório, o que, inclusive, norteou a elevação da pena acima do mínimo legal.

Confira-se trecho da sentença:

- a) Culpabilidade: traduz-se a conduta do réu em reprovação social, em face do ilícito perpetrado;
- b) Antecedentes: não são desabonadores, de acordo com as folhas de antecedentes e e-mail às fls. 68, 98, 100, 109 e 110;
- c) Conduta social: nada de desabonador apurou-se;
- d) Personalidade do agente: mostra-se desabonadora, pois demonstra má índole na maneira de agir e reagir às dificuldades que a vida lhe reservou e o completo desrespeito à saúde pública;
- e) Motivos determinantes: merece uma maior reprovação a conduta do réu, pois os motivos são antissociais, com a participação no tráfico de entorpecentes, demonstrando uma cobiça na busca de dinheiro de forma fácil. No caso, E\$ 8.000,00 (oito mil) euros;
- f) Circunstâncias objetivas: observo que o delito perpetrou-se em um Aeroporto Internacional, de modo oculto (substância entorpecente no interior de um aparelho - CPU de computador), de forma a dificultar a descoberta e a apreensão pela polícia, *com peso de 10.021g (dez mil e vinte gramas - massa líquida) de cocaína*;
- g) Consequências: os danos que as drogas causam à sociedade são irreparáveis, e a conduta do réu estava a contribuir com isso;
- h) Comportamento da vítima: não se pode imputar o comportamento à vítima nessa forma delituosa, uma vez que vítima é toda a sociedade (o Estado), a qual a lei, por si só, presume em perigo. (destaquei)

Dessa forma, entendo que não merece reparos a sentença nesse aspecto, visto que a pena-base foi devidamente fixada em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, com observância dos artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

DA ATENUANTE DE CONFISSÃO (art. 65, III, “d”, do CP)

A acusação reclama pelo afastamento da atenuante da confissão prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, sustentando que a descoberta do crime ocorreu exclusivamente em razão de diligência policial (prisão em flagrante), sendo admitida a autoria pelo réu depois de haver sido encontrada a substância entorpecente em seu poder. Ademais, afirma que o réu buscou ver reconhecida a existência de estado de necessidade exculpante, o que afastaria a atenuante de confissão espontânea.

É remansosa a jurisprudência no sentido da aplicação da atenuante genérica do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, desde que espontânea a confissão, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante. Confira-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DANOSIDADE INERENTE AO DELITO ABSTRATAMENTE CONSIDERADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AFASTAMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO CONCRETA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. (...) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. COAÇÃO CARACTERIZADA.

1. A confissão realizada em juízo sobre a prática do delito de tráfico de entorpecentes é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante.

2. Habeas corpus concedido, em parte, para reduzir a pena-base e reconhecer, em favor do paciente, a atenuante genérica da confissão espontânea, tornando a sua reprimenda definitiva em 3 (três) anos e 5 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 311 (trezentos e onze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados. (Destaquei)

(STJ, HC 153.391/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011)

TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO - TRF3

PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA - PENA-BASE - MANUTENÇÃO - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - ART. 62, INC.IV, DO CÓDIGO PENAL - INAPLICABILIDADE - ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - APLICAÇÃO - INTERNACIONALIDADE - MAJORAÇÃO NO PERCENTUAL MÁXIMO QUE SE AFASTA - USO DE TRANSPORTE PÚBLICO - INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART.33,§ 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - AFASTAMENTO - DOSIMETRIA DA PENA - REFAZIMENTO - REGIME INICIAL FECHADO - FIXAÇÃO - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

Omissis

4. No tocante à atenuante da confissão espontânea, o Relator ressaltou o seu entendimento pessoal sobre o tema, passando 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. E, no caso dos autos, verificou-se que efetivamente o réu confessou a prática delitiva, tanto na Polícia, como em Juízo, apenas dizendo que desconhecia a quantidade de drogas que transportava, o que não retira a admissão da prática criminosa narrada em detalhes, conforme se vê do interrogatório em sede policial e judicial procedido, neste último admitindo o réu a autoria dos fatos. Manutenção da redução operada em 06 (seis) meses na pena fixada em primeiro grau.

Omissis

14. Parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0003382-35.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 21/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/11/2014)

Note-se que o juiz utiliza expressamente a confissão para a formação do seu convenci-

mento, como se vê do excerto da sentença que ora transcrevo:

Frise-se que neste interrogatório, a confissão da imputação deve ser acreditada, na medida em que não há nada nos autos que a possa macular de vício ou irregularidade. Assim, merece crédito, em parte, a versão apresentada pelo réu Miguel Angel Gil, o que reforça a sua culpabilidade, diante do elemento anímico exteriorizado, demonstrando que, de fato, teve participação no transporte da substância entorpecente “cocaína”, estando sua mente livre e plenamente consciente. (fls. 200)

Ademais, segundo orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, para configuração da atenuante genérica da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), basta o simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, mostrando-se irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo.

Nesse sentido, destaco o julgado abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

Omissis

3. Segundo o entendimento consolidado neste Superior Tribunal, tem-se como configurada a atenuante genérica da confissão espontânea (artigo 65, III, “d”, do Código Penal) pelo simples reconhecimento, pelo acusado, da prática do delito, seja perante a autoridade policial, seja em juízo, sendo irrelevante, ainda, que a confissão tenha sido incompleta ou parcial, ou mesmo que tenha sido realizada só na fase inquisitorial, com posterior retratação em juízo.

Omissis

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer, em favor do paciente, a atenuante da confissão espontânea, tornando a sua reprimenda, em relação ao crime de tráfico de drogas, definitiva em 6 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa. (Destaquei)

(STJ, HC 135.054/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 20/11/2013)

Por fim, a recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea ‘d’ do inciso III do artigo 65 do Código Penal” (AgRg no REsp 1.416.247/GO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 15/5/2014).

Logo, não prospera a insurgência do órgão ministerial pelo afastamento da atenuante genérica de confissão.

DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006

A defesa busca também o reconhecimento da causa de diminuição insculpida no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, na espécie, a forma de execução do delito e a logística empregada demonstram o envolvimento do acusado com organização criminosa voltada ao tráfico internacional, não atendidos os requisitos necessários à concessão do benefício.

Nesse contexto, dispôs o decreto condenatório:

Não há que se falar na causa de diminuição (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), na medida em que pela quantidade de entorpecente - Cocaína - apreendida com o réu Miguel Angel Martin Gil, e a maneira dinâmica da empreitada criminosa, não há dúvida de que se encontra ligado a uma organização criminosa;(...). (fls. 202 e vº)

Ademais, como bem assinalou o Ministério Público Federal, em suas contrarrazões:

No caso em tela, não há dúvidas que a parte recorrente integrava organização criminosa voltada à prática do tráfico internacional de entorpecentes.

É que o tráfico internacional de drogas depende necessariamente da atuação de uma organização criminosa operando, no mínimo, em dois países. A parte denunciada atuava como um dos elos da corrente, qual seja, o transporte do entorpecente do fornecedor ao receptor/distribuidor localizado no estrangeiro.

Ademais, aquele que aceita realizar transporte de entorpecentes de um país para outro, ajustando sua entrega a terceira pessoa em solo estrangeiro, inequivocamente, tem ciência de que atua para uma organização criminosa. (fl. 270)

A conclusão pela ligação do acusado a uma organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas pode ser extraída, inclusive, de seu interrogatório:

(...); ganharia \$ 8.000,00 (oito mil) euros para transportar a droga; vim ao Brasil apenas para buscar a droga; por meio de um amigo conheci outra pessoa chamado Juan Carlos, na Espanha que foi quem pagou a viagem e a estadia no Hotel Mercuri, em Caraguatatuba; fiquei em um apartamento por 15 dias, o Sr. Chip tel 19. 91798200 ou 55 73 99344961, um dos carros Fiat Uno, placas CXY 0729, não sabendo se é de São Paulo, Campinas ou Caraguatatuba; foi quem custeou a minha estada em Caraguatatuba; entregaria a droga da Espanha, ao Juan Carlos; de 1998 a 2002 trabalhei na República Dominicana, e trabalhei na Venezuela durante cinco ou seis meses em um hotel, estive quatro dias em Marrocos; (...). (fls. 158)

Na hipótese dos autos, é manifesta a função de “mula” desempenhada pelo acusado, transportando a droga de sua origem ao destino, assim como inequívoco o seu conhecimento de estar atuando para um esquema maior voltado ao tráfico internacional de drogas.

Assinalo que não se exige o requisito de estabilidade na integração à associação criminosa para afastar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Aliás, se configurada tal estabilidade ou permanência, estaríamos diante do crime de associação para o tráfico tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal, o que, todavia, à mingua de recurso da acusação nesse sentido, sequer pode se aventada tal possibilidade, tendo em conta o princípio da *non reformatio in pejus*.

A propósito do tema, trago julgados desta Colenda Corte:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL REJEITADA. AUTORIA DEMONSTRADA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO

CARACTERIZADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDA.

(...)

7. *A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.*

8. Não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal. Contudo, à míngua de recurso da acusação, e em razão da proibição da *reformatio in pejus*, é de rigor a manutenção da causa de diminuição no patamar estipulado na sentença, em 1/6 (um sexto).

Omissis

12. Preliminar rejeitada. Apelação parcialmente provida. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0002961-33.2011.4.03.6005, Rel. JUIZ CONVO-CADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 11/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/11/2014)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PENA. GRADUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

Omissis

- *Causa de diminuição do artigo 33, § 4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão “não se dedique às atividades criminosas”. Lei que é de combate ao tráfico, a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico, impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.*

Omissis

- Recurso da acusação desprovido.

- Recurso da defesa parcialmente provido para reduzir a pena-base. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ACR 0009263-61.2010.4.03.6119, Rel. DESEMBAR-GADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 17/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/04/2012)

Portanto, vislumbra-se que o acusado, de forma habitual ou não, dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de drogas (transporte - “mula”), participando de esquema voltado ao comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

DA DELAÇÃO PREMIADA (art. 41, da Lei nº 11.343/06)

O réu Miguel Angel Martin Gil busca o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena descrita no artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, em razão do instituto denominado pela doutrina de delação premiada.

Pertinente transcrever o dispositivo legal onde elencados os requisitos necessários à concessão da benesse:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total o parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá sua pena reduzida de um terço a dois terços.

Assim, faz-se imprescindível a eficácia da delação, mediante a indicação de elementos a possibilitar a identificação dos demais integrantes da estrutura criminosa. Não bastam meras informações para reconhecimento da causa de diminuição de pena.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado no Colendo Superior Tribunal de Justiça e neste Egrégio Tribunal. Confira-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI Nº 11.343/07. VEDAÇÃO EXPRESSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. INFRAÇÃO COMETIDA A BORDO DE TRANSPORTE PÚBLICO. MAJORANTE. REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 33, § 4º. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 444/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Omissis

IV. Não preenchidos os requisitos legais do art. 41 da Lei de Drogas, mostra-se inviável a redução da pena em razão do instituto da delação premiada.

Omissis

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (Destaquei)

(HC 169.770/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - TRF3

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ESTADO DE NECESSIDADE: NÃO COMPROVADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA: INCIDÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: INVIABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO: IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO: NÃO INCIDÊNCIA. DELAÇÃO PREMIADA: INEFICÁCIA. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE.

Omissis

9. Nos termos do artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, para a concessão da delação premiada, faz-se imprescindível a sua eficácia, com indicação precisa dos demais autores do crime, aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa, não bastando meras indicações do réu para reconhecer o benefício do perdão judicial ou da redução da pena. Precedentes.

Omissis

12. Apelo do réu desprovido e apelo ministerial parcialmente provido. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0005877-52.2012.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 21/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/10/2014)

Da análise dos autos, infere-se que tal benefício foi negado na sentença com lastro no probatório colhido na instrução criminal, pois o acusado não delatou de forma eficaz a existência

de organização criminosa nem possibilitou o seu desmantelamento ou prisão de seus membros.

Nessa esteira, a colaboração do réu não produziu os resultados que reclama o artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, de forma que não preenche os requisitos necessários ao benefício da delação premiada.

DA TRANSNACIONALIDADE (art. 40, I, da Lei nº 11.343/06)

A defesa pretende o afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, sob a alegação de que a internacionalidade (transnacionalidade) do tráfico já integraria o tipo penal (verbo exportar) - *bis in idem*.

De outra parte, o Ministério Público Federal pugna pela majoração do *quatum* fixado a título da causa de aumento referente à transnacionalidade (art. 40, I, da Lei nº 11.343/06), afirmando que o réu buscou violar interesse de mais Estados do que ocorre comumente (Brasil - Portugal - Espanha), merecendo reprimenda mais severa.

A hipótese se cuida de interpretação sistemática da lei. O legislador, ao prever a causa especial de aumento da pena pela transnacionalidade, normatizada pelo artigo 40 da Lei nº 11.343/2006 (inc. I), pretendeu estabelecer distinção em relação à exportação nacional tipificada no artigo 33 (*caput*), consubstanciada esta na remessa de entorpecente para fora do Estado, Município ou Região, porém, dentro do País. Nesse sentido, impende frisar que o verbete “exportar”, no dicionário pátrio, significa “mandar transportar para fora de um país, estado ou município”.

Por seu turno, para a caracterização da majorante é imprescindível que a operação realizada seja destinada à introdução de substâncias entorpecentes no território nacional ou de sua difusão para o exterior, como se verificou na espécie (Brasil - Portugal - Espanha).

Sob outro aspecto, o réu foi denunciado e condenado por “trazer consigo, oculto em sua bagagem, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros”, cocaína, mostrando-se desconexa a argumentação da defesa.

A propósito do tema, cito precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETORES UTILIZADOS TANTO PARA A ESCOLHA DA PENA-BASE QUANTO PARA A FIXAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO NEGATIVA. *BIS IN IDEM*. *Omissis*

CAUSA DE AUMENTO. TRANSNACIONALIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. FUNDAMENTO DIVERSO.

1. Em se tratando o crime de tráfico ilícito de entorpecentes de delito de ação múltipla, fica afastada a alegação de *bis in idem* na aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, pois o fato de trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal, enquadrando a conduta no tipo do art. 33.

Omissis. (Destaquei)

(AgRg no REsp 1349247/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. ART. 42, DA LEI Nº 11.343/06. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENAL. PLEITO PELA APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TRANSNACIONALIDADE.

BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

4. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, delito de ação múltipla fica afastada a alegação de bis in idem pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas), porquanto a transnacionalidade é circunstância que diferencia, caracteriza o delito.

(...) (Destaquei)

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1346322/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA EXECUÇÃO DO DELITO. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DECLARAÇÃO QUE FUNDAMENTOU O JUÍZO CONDENATÓRIO. ATENUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Omissis

3. Não se verifica o alegado bis in idem na aplicação da majorante do art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, ao delito de tráfico de drogas, pois os verbos “importar e exportar” inseridos no tipo podem indicar o transporte de um Estado ou Município para outro Estado ou Município dentro de um mesmo país. Já a causa de aumento referente à transnacionalidade do tráfico majora a pena pelo fato de a droga ser exportada para outro país.

Omissis

7. Agravo regimental parcialmente provido para, reconhecendo a atenuante relativa à confissão espontânea, redimensionar as reprimendas nos termos explicitados no voto. (Destaquei) (AgRg no REsp 1358625/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Respeitante ao *quantum* eleito na sentença, no meu entender, data vênua, a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, diz respeito unicamente à internacionalidade ou transnacionalidade do tráfico de drogas, sendo irrelevante a trajetória geográfica a ser percorrida. Além disso, não vislumbro estar diante de uma trajetória extraordinária a se cogitar a causa de aumento de pena acima do mínimo legal (Brasil - Portugal - Espanha).

Nessa linha de exegese, trago arestos deste Egrégio Tribunal:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ALÉM DO PATAMAR MÍNIMO: POSSIBILIDADE. PAGA OU PROMESSA DE RECOMPEN-

SA: ELEMENTO DO TIPO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO: INCABÍVEL. CONCURSO DE CAUSAS DE AUMENTO DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006: NÃO CARACTERIZADO. INTERNACIONALIDADE DELITIVA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRAFICANTE OCASIONAL: NÃO INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO: IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO: POSSIBILIDADE.

Omissis

7. São irrelevantes considerações de ordem geográfica, pois a causa de aumento é relativa à internacionalidade, ou transnacionalidade, e essa característica é invariante com relação à distância geográfica - em outras palavras, ela resta caracterizada se o tráfico transcende as fronteiras nacionais, seja de ou para um país estrangeiro vizinho, seja de ou para um país estrangeiro distante.

12. Apelo parcialmente provido. (Destaquei)

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0011309-86.2011.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 12/03/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/03/2013)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE.

Omissis

- A internacionalidade do tráfico se caracteriza pela execução potencial ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, não infirmando esta intelecção o pensamento de implicação de “bis in idem” em relação à conduta de exportação, exegese que ignora as características da figura delituosa de conteúdo variado e opera descabida decomposição do tipo penal que como um todo unitário se apresenta à interpretação. *Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade*, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância.

- De ofício reduzida a pena-base ao mínimo legal.

- Recurso da acusação parcialmente provido para afastar a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

- Recurso da defesa desprovido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR 0011580-66.2009.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 18/10/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2010 PÁGINA: 1455)

Noutro vértice, cogitando-se a internacionalidade, ou transnacionalidade do delito, como única causa de aumento de pena, é de rigor a sua fixação no patamar mínimo de 1/6 (um sexto). A aplicação em patamar superior deve ser reservada ao concurso de causas de aumento de pena constantes do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

Destaco precedentes desta Colenda Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PEDIDO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE: PREJUDICADO. RÉU QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO: CABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO DA TRANSNACIONALIDADE: INCIDÊNCIA NO PATAMAR MÍNIMO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: NÃO CONFIGURADA. PENA DE MULTA: APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO: NÃO CABIMENTO.

Omissis

7. O artigo 40 da Lei nº 11.343/2006 apresenta um rol de sete causas de aumento para o crime de tráfico, a serem fixadas em patamar de um sexto a dois terços. Cada uma das causas de aumento descreve circunstâncias de fato que não são mutuamente excludentes (com exceção talvez das constantes dos incisos I e V, cuja aplicação cumulativa é duvidosa). A aplicação da causa de aumento em patamar superior ao mínimo deve ser reservada quando caracterizado o concurso de causas de aumento. Cogitando-se apenas da internacionalidade, ou transnacionalidade do delito, é de rigor a fixação da causa de aumento em seu patamar mínimo de 1/6. Precedentes.

Omissis

17. Apelação conhecida em parte, e, na parte conhecida, parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0002131-21.2008.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 15/01/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/01/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO IMPUGNAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MANTIDA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIDA MAS NÃO APLICADA. SÚMULA 231 DO STJ. MANTIDO PERCENTUAL MÍNIMO DA CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE. APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PERCENTUAL MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO. INALTERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

Omissis

III - Deve ser mantido o percentual mínimo de 1/6 (um sexto) da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 (internacionalidade), vez que presente uma única causa de aumento de pena.

Omissis

XI - Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso da defesa parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0005407-89.2010.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 24/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2012)

Nesse raciocínio, reputo adequado o reconhecimento da causa de aumento de pena do artigo 40, inciso I, da Lei Antidroga, assim como suficiente o patamar fixado em seu mínimo legal de 1/6 (um sexto).

DA PENA DE MULTA

A defesa requer o afastamento da pena de multa, alegando insuficiência financeira do acusado. Afirma que a impossibilidade do seu pagamento integral implicará em manter o réu preso por mais tempo do que o devido, violando o princípio constitucional do direito à liberdade, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna. Alega, ainda, que o processo de expulsão só se concretiza, conforme demonstra a experiência, com o pagamento integral da pena de multa.

Contudo, o legislador, ao fixar os parâmetros da pena pecuniária, observou as características inerentes ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que as questões referentes à eventual impossibilidade de cumprimento, assim como relativas ao eventual decreto de expulsão, devem ser discutidas, no momento oportuno, perante o Juízo das Execuções.

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

Pleiteia a defesa a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais brando, afirmando que o acusado preenche os requisitos.

A teor do disposto no artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a de detenção em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (*caput*).

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, segundo o mérito do condenado e observado o *quantum* fixado, ressalvada a necessidade de transferência para regime mais gravoso (art. 33, § 2º, do CP): a) o condenado a pena superior a 08 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a (quatro) anos e não excede a 08 (oito) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto; e c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Além disso, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Desta forma, o juiz deve valer-se não apenas das penas impostas, mas igualmente das circunstâncias judiciais, sejam favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, sendo-lhe autorizado, inclusive, fixar regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso ou brando do que aquele determinado pela quantidade da pena.

A jurisprudência pátria é firme nesta orientação, inclusive, restou consolidada nas Súmulas nº 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nºs 718 e 719 da Suprema Corte.

Nesse sentido, destaco julgados deste Egrégio Tribunal: Primeira Turma, ACR 0001911-18.2011.4.03.6119, Rel. Juiz Fed. Conv. HÉLIO NOGUEIRA, j. 10/06/2014, DJF3 14/07/2014; Primeira Turma, ACR 0006155-47.2001.4.03.6181, Rel. Juiz Fed. Conv. MÁRCIO MESQUITA, j. 16/10/2012, DJF3 24/10/2012; Segunda Turma, ACR 0009418-30.2011.4.03.6119, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, j. 05/03/2013, DJF3 26/03/2013; e Primeira Turma, ACR 0101435-94.1991.4.03.6181, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, j. 05/09/2006, DJF3 03/10/2006.

Respeitante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o legislador infraconstitucional dispensou tratamento mais rigoroso ao estabelecer no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado. Porém, a Suprema Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em 27 de junho de 2012. Dessa forma, embora permitido regime inicial mais brando para os crimes hediondos e equiparados, devem ser observados os critérios comuns aos demais delitos (art. 33, do CP).

Registro, por oportuno, que a Lei nº 12.736/2012, que incluiu o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, prevê expressamente que o tempo de prisão provisória, de prisão temporária ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Anoto que o juiz sentenciante observou o disposto no artigo 387, § 2º, do estatuto processual repressivo, descontado o período de prisão provisória (07 meses e 21 dias).

Destarte, considerando a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos, 07 (meses) e 21 (vinte e um) dias - já descontado o tempo de prisão provisória até a data da sentença condenatória, somado ao quadro de circunstâncias judiciais do artigo 59 do estatuto repressivo, em conjugação com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que não se mostram em sua integralidade favoráveis ao acusado, impõe-se a manutenção do regime inicial fechado para cumprimento

da pena, nos termos do artigo 33 c/c artigo 59, ambos do Código Penal.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Pretende a defesa também a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o impedimento legal da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, constante do artigo 44 da Lei n 11.343/2006, no julgamento do *Habeas Corpus* 97256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em 01 de setembro de 2010, suspendendo a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” (antes prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas).

Assim, embora permitida a conversão da pena privativa de liberdade, afastado o impedimento legal, devem ser preenchidos os requisitos legais necessários a autorizar a sua substituição por pena restritiva de direitos.

Na espécie, considerando a pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão, impossibilitada à substituição de pena pretendida, a teor do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, *nego provimento* às apelações interpostas pela defesa e pela acusação.
É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006390-62.2013.4.03.6126
(2013.61.26.006390-0)

Apelantes: VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES E JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS (réus presos)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 58203
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

PENAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENORES. SUJEITO PASSIVO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

- Delito em prejuízo da ECT em que as encomendas dos Correios foram retiradas da esfera de disponibilidade da vítima, ocorrendo a ação policial quando o veículo utilizado para fuga dos réus inclusive já havia deixado a cena do crime, o importante na questão estando na inversão da posse, no caso efetivamente ocorrida, não tendo relevância mensuração de tempo decorrido. Precedentes.
- Delito de corrupção de menores que é de natureza formal e prescinde da comprovação de efetiva corrupção do menor, bastando que seja demonstrada sua participação na empreitada delituosa na companhia de agente imputável. Aplicação da Súmula nº 500 do Superior Tribunal de Justiça (“a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”).
- Fixado o regime inicial semiaberto porquanto a pena privativa de liberdade é superior a quatro anos e inferior a oito anos, os réus não são reincidentes e inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis a justificar a fixação de regime de maior rigor na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal.
- Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena para ambos os réus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Vinicius Gonçalves

Rodrigues e Jean Fernando Rafael Ramos foram denunciados como incurso nos artigos 157, §2º, incisos I, II e V, do Código Penal e 244-B da Lei 8.069/90 c.c. 29 e 69, ambos do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

No dia 10 de setembro de 2013, por volta das 12h30min, na rua Confúcio, altura do número 83, bairro Jardim Santo Antonio, no município de Santo André/SP, VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS, em concurso e vínculo subjetivo com o adolescente Ebson Lourenço da Silva, subtraíram, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, o veículo PEUGEOT/BOXER, placa ECM 0367, cor amarelo, de propriedade de Sebastião Adeilton Pereira Dias e que se encontrava a serviço da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, e 03 (três) encomendas que ali estavam acondicionadas à espera de entrega pelos carteiros Laercio Donizete Andrade e Rogério Inacio dos Santos.

Na mesma data e ocasião, VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS corromperam e facilitaram a corrupção do menor de 18 (dezoito) anos Ebson Lourenço da Silva, com ele praticando o crime de roubo majorado.

Segundo consta, após realizarem a entrega de uma segunda encomenda na rua Confúcio, altura do número 83, bairro Jardim Santo Antonio, neste município, os carteiros Laercio Donizete Andrade e Rogério Inacio dos Santos foram abordados por JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS e pelo adolescente Ebson Lourenço da Silva que, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, subtraíram o veículo automotor que estava a serviço dos correios. JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS assumiu a direção do veículo automotor, sendo as vítimas conduzidas para o bagageiro (baú) pelo adolescente Ebson Lourenço da Silva e sob a mira da arma de fogo obrigadas a abrirem as encomendas.

Após transitarem por alguns minutos, o veículo automotor subtraído estacionou, e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS desembarcou e dirigiu-se para a parte traseira do veículo, permanecendo de pé ao lado do veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, conduzido por VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES com a finalidade de dar cobertura e garantir a fuga dos criminosos com restrição da liberdade das vítimas, bem como no intuito de assegurar a detenção dos objetos (encomendas).

Neste interregno, os policiais militares Matias Alves Ferreira e Glauco Ryodi Fukuda, que passavam pelo local em patrulhamento de rotina desconfiaram da situação e passaram a perseguir JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS que fugiu a pé com a chegada da viatura policial. Sem êxito na perseguição, o policial militar Matias Alves Ferreira embarcou na viatura policial, e juntamente com o policial militar Glauco Ruyodi Fukuda, visualizou um terceiro indivíduo dentro o bagageiro (baú), que também empreendeu fuga a pé, porém passaram a perseguir o veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, conduzido por VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES.

Informados por populares a direção do veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, os policiais militares lograram êxito em perseguir, abordar e prender em flagrante os denunciados VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES e JEAN FERNANDO RAFAEL RAMOS e apreender o adolescente Ebson Lourenço da Silva.

No interior do veículo GM/Corsa, cor vermelha, placa DQE 2564, foram apreendidas 03 (três) encomendas discriminadas às fls. 27/29.

A materialidade delitiva está demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão acostados às fls. 25/27, pelo Auto de Avaliação às fls. 28 e 29, pelo Auto de Entrega às fls. 30/31, 32 e 33, bem como pelas declarações das vítimas às fls. 09/10 e 11/12.

A autoria exsurge do auto de prisão em flagrante e do reconhecimento pessoal no momento da prisão.

A sentença proferida é de condenação dos acusados pelos delitos capitulados na denúncia em concurso formal, cada um a seis anos, sete meses e dez dias de reclusão, em regime inicial

fechado, e quatorze dias-multa, no valor unitário mínimo.

Recorre a defesa dos acusados, no arrazoado que apresenta postulando:

a) a desclassificação do delito para a forma tentada, visto que não houve efetiva subtração do bem, que é “aquela que afaste significativamente o bem da esfera de vigilância e disponibilidade de seu titular, assegurando ao agente posse tranquila, desvigiada e incontestável dela”;

b) a absolvição quanto ao delito do artigo 244-B, da Lei 8.069/90, aduzindo-se que não há prova de que o adolescente tenha sido corrompido, não bastando “o fato de ter ele participado do delito de roubo perpetrado contra as vítimas”;

c) fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena;

Com contrarrazões, subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Apela a defesa em relação à parte da sentença nos pontos em que reconheceu a consumação do delito de roubo e a prática do delito de corrupção de menores, assim como no ponto em que fixou o regime fechado para cumprimento das penas.

Quanto à questão da consumação do delito de roubo, no caso verifica-se que as encomendas foram retiradas do veículo que prestava serviços aos Correios e transferidas para o carro no qual os autores do crime se evadiram do local, sendo posteriormente perseguidos e presos por policiais que passavam pela região e perceberam a ação dos agentes.

É quadro no qual não há a mais ligeira dúvida de que as encomendas foram retiradas da esfera de disponibilidade da vítima, ocorrendo a ação policial quando o veículo utilizado para a fuga dos agentes inclusive já havia deixado a cena do crime, no mais cabendo asseverar que o importante na questão é a inversão da posse, no caso efetivamente ocorrida, não tendo relevância mensuração de tempo decorrido.

De utilidade na questão, trago a colação os seguintes julgados:

ROUBO. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

- Entende-se consumado o roubo se o agente, havendo arrebatado a coisa, logrou retirá-la da esfera da vigilante observação da vítima, ainda que por breve tempo.

(RE nº 108.049, Segunda Turma, Relator: Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, RTJ 117, p 889/890)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HC PROLATADO POR TRIBUNAL ESTADUAL. IMPETRAÇÃO DE NOVO *WRIT* NO STJ EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VEDAÇÃO. ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA DO BEM. DESNECESSIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO LOGO APÓS A PRÁTICA CRIMINOSA. CONSUMAÇÃO DO CRIME. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O crime de roubo consuma-se quando o agente, após subtrair coisa alheia móvel, mediante o emprego de violência, passa a ter a posse da res furtiva fora da esfera de vigilância da vítima,

não se exigindo, todavia, a posse tranquila do bem. Destarte, a prisão do agente logo após a subtração da res furtiva não configura tentativa de furto, porquanto o crime já foi consumado. Precedentes: HC 91.154, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 19.12.08; HC 89.488, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 13.06.08; HC 85.262, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º.07.05. 2. *In casu*, o paciente subtraiu, mediante violência, a bicicleta da vítima. Após a prática criminosa, empreendeu fuga do local, mas, logo em seguida, foi interceptado por populares e preso em flagrante delito pela Polícia Militar. (...) 7. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (RHC nº 119611/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 10.12.2013) (destaquei)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA POSSE MANSA E PACÍFICA DA COISA. DECISÃO IMPUGNADA EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REEXAME DE PROVA. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a consumação do roubo ocorre no momento da subtração, com a inversão da posse da res, independentemente, portanto, da posse pacífica e desvigiada da coisa pelo agente. Precedentes. (...) IV - *Habeas Corpus* denegado. (HC nº 109078/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 11.10.2011)

No tocante ao delito de corrupção de menores provado ficou que os acusados praticaram o delito com o adolescente apreendido e o questionamento feito concerne a suposta exigência de verificação de estar ou não previamente corrompido o menor mas cuida-se de delito de natureza formal que prescinde da comprovação de efetiva corrupção do menor, conforme preceitua a Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça:

a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.

Já, em relação ao regime inicial, verifica-se que a pena privativa de liberdade é superior a quatro anos mas inferior a oito anos, e considerando ainda que os réus não são reincidentes e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis a justificar a fixação de regime de maior rigor na forma do artigo 33, §3º, do Código Penal, deve ser fixado o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena.

Anoto, por oportuno, não haver incompatibilidade do regime semiaberto com a custódia cautelar que fora mantida na sentença. Destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça de utilidade na questão:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. CONDENAÇÃO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE PARTE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. AMEAÇAS AO CORRÉU DURANTE O PERÍODO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA. REGIME SEMIABERTO. VIABILIDADE DA VEDAÇÃO IMPOSTA. COMPATIBILIZAÇÃO DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA COM O REGIME FIXADO. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

3. não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto , caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

.....
(STJ, HC 268816, Quinta Turma, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe 17/10/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA E REGIME SEMIABERTO, CUJO CUMPRIMENTO DEVE SER EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PRECEDENTES.

.....
3. Esta Corte Superior orienta que há compatibilidade entre a prisão cautelar e o regime inicial semiaberto , fixado na sentença condenatória recorrível, pois plenamente válidos e harmônicos, devendo, contudo, cumprir a respectiva medida em estabelecimento prisional compatível com o regime inicial definido.

4. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.
(STJ, HC 265053, Quinta Turma, Relator: Ministro Moura Ribeiro, DJe 30/09/2013)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DO ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

.....
2. A negativa do direito de recorrer em liberdade não é incompatível, em si, com a fixação do regime inicial semiaberto , sobretudo quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

.....
(STJ, HC 228010, Quinta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe 28/05/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. POSIÇÃO DE DESTAQUE NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FINANCIADOR. PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO PREJUDICADO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido se foi negado ao paciente o direito de recorrer em liberdade em razão de persistirem os motivos que levaram à decretação da prisão preventiva. Esta, por sua vez, foi adequadamente fundamentada na necessidade de resguardar a ordem pública, notadamente pela suposta posição de destaque do paciente na organização criminosa, apontado como financiador do negócio envolvendo tráfico de entorpecentes.

2. Fica prejudicado o pedido de progressão de regime prisional se o paciente já progrediu para o regime semiaberto .

3. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado e, no mais, denegado.

(STJ, HC 88240, Sexta Turma, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/09/2009)

Outro não tem sido o entendimento desta Corte:

HABEAS CORPUS. ROUBO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS

PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

2. Não há qualquer incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a negativa do direito de recorrer em liberdade, uma vez que a custódia provisória do paciente encontra fundamento nas hipóteses do artigo 312 do CPP. Nesse sentido recente julgado desta Primeira Turma, de relatoria do Des. Fed. Johonsom Di Salvo (HC nº 2011.03.00.003375-0, julgado 12.04.2011, por unanimidade).

3. Ordem denegada.

(TRF3, HC 0034344-02.2011.4.03.0000, Primeira Turma, Relatora: Desembargadora Federal Vesna Kolmar, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/01/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO . COMPATIBILIDADE. “FUMUS COMISSI DELICTI”. “PERICULUM LIBERTATIS”. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA . ORDEM DENEGADA.

2. Inexiste incompatibilidade entre o regime inicial de cumprimento da pena com a decretação de prisão preventiva, desde que presentes os requisitos descritos no artigo 312, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

8. Ordem denegada.

(HC 0007718-72.2013.4.03.0000, Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal Antônio Cedenho, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2013)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena para ambos os réus, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0008881-71.2013.4.03.6181

(2013.61.81.008881-9)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrido: FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: RSE 6936

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA - ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI 11.343/06. AS SEMENTES DE MACONHA NÃO CONSTITUEM MATÉRIA-PRIMA - OBJETO MATERIAL DO DELITO -. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Por entender que a conduta imputada ao recorrido caracteriza-se como ato preparatório impunível, o Juízo *a quo* rejeitou a denúncia.

II - A importação de semente de maconha não configura o delito do artigo 33 - § 1º - I, da lei nº 11.343/06 que se refere à matéria prima destinada à preparação de substância entorpecente.

III- A semente de maconha não é a matéria-prima, porquanto não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido. Não se obtém a maconha da semente em si, mas só da planta que resultar da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para tanto.

IV - A semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo art. 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. No caso dos autos, o apelante não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse.

V - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo voto da Des. Fed. Cecília Mello, vencido o Des. Fed. Nino Toldo, que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, com supedâneo no artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal, contra decisão do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, que rejeitou a denúncia oferecida contra FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Narra a denúncia que (fls. 39/41):

1. Consta dos autos do presente inquérito policial que FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO importou, sem autorização e em desacordo com normas legais e regulamentares, matéria-prima (mais especificamente, sementes) destinada à preparação de drogas (maconha, substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica).
2. Segundo consta das investigações, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, em São Paulo (SP), juntamente com a Receita Federal do Brasil, na data de 08/05/2013, identificou encomenda oriunda da Holanda, e destinada a FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO. Ouvido perante a autoridade policial, FELIPE LUIZ MENDONÇA MORENO confessou que é usuário de maconha e importara as sementes da droga com o propósito de plantá-las. Afirmou ainda que as sementes foram compradas por ele em sítio eletrônico mediante pagamento de R\$ 120,00 ou R\$ 150,00 (fls. 19).

Por entender que a conduta imputada ao recorrido caracteriza-se como ato preparatório impunível, o Juízo *a quo* rejeitou a denúncia (fls. 43 e verso).

Inconformado, recorre o Ministério Público Federal (fls. 45/57) e sustenta, em síntese, que as sementes não são a droga em si, mas são elementos que constituem matéria-prima para a elaboração do produto final e, sendo assim, não é necessário apresentar o princípio ativo da droga que será produzida. Postula a reforma da decisão recorrida com o consequente recebimento da denúncia.

Contrarrazões da defesa (fls. 60/67), nas quais se requer o desprovisionamento do recurso interposto.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 105/107-v) em prol de ser provido o recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): O recorrido foi denunciado pela prática, em tese, do crime descrito no artigo 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

O Juízo de 1º grau rejeitou a peça acusatória, por entender que a conduta descrita na denúncia caracteriza-se como ato preparatório impunível.

O recurso interposto não merece ser provido.

Assim dispõe o art. 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 6.368/76:

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, *matéria-prima*, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

As sementes de maconha não podem ser consideradas como matérias-primas. Ao menos juridicamente. Vejamos:

Matéria-prima é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica. Não há necessidade de que as matérias-primas já tenham de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; *basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas*. São matérias-primas o éter e a acetona, conforme orientação do Supremo Tribunal federal e consagração da Convenção de Viena de 1988. (TÓXICOS P Prevenção - Repressão, Vicente Greco Filho, Ed. Saraiva, 1993, p. 101). Grifei.

Do conceito acima descrito, depreende-se que as sementes de maconha não podem ser consideradas matérias-primas, pois não possuem “condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas”.

A matéria-prima, destinada à preparação, é aquela industrializada, que, de uma forma ou de outra, pode ser transformada ou adicionada a outra substância, com capacidade de gerar substância entorpecente ou que cause dependência ou, ainda, seja um elemento que, por suas características, faça parte do processo produtivo das drogas.

De outra parte, não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir folhas necessárias para a droga. A partir exclusivamente da semente ou adicionando qualquer outro elemento, não se obtém, por si só, a maconha. A semente é a maconha em potência, mas, antes disso, precisa ser adequadamente cultivada a fim de florescer.

Nesse sentido, decisão em Embargos Infringentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGOS 12- § 1º - I, DA LEI Nº 6.368/76).SEMENTES DE MACONHA.

A guarda ou posse de semente de maconha não configura o delito do artigo 12 - § 1º - I, da lei nº 6.368/76. *A semente de maconha não é matéria-prima, pois esta seria a substância que deve ser submetida a trabalho industrial antes de ser tornada própria ao consumo. Não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e não da indústria humana*. EMBARGOS ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70019927193, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 03/08/2007) Grifei.

Não custa deixar assente as explanações feitas pelo e. relator dos referidos Embargos Infringentes, *verbis*:

A 1ª Câmara Criminal deste TJRS, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.001.650.662, relatado pelo Des. Nilo Wolff, concedeu a ordem impetrada e determinou a soltura do pa-

ciente, já que as sementes de maconha não constituem objeto material do crime do artigo 12 da Lei de Tóxicos.

A 2ª Câmara Criminal do TJRS, quando julgou a apelação nº 685.006.017, relatada pelo Des. Ladislau Rohnelt, deixou assentado que “a semente de maconha não é matéria-prima, pois esta seria substância que deve ser submetida a trabalho industrial antes de ser tornada própria ao consumo. Da semente não se extrai maconha, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e não por obra da indústria humana”

A matéria foi abordada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação nº 185.273-3/7, relatada pelo Des. Jarbas Mazzoni, no sentido de que *a semente de maconha não tem princípio ativo, não produzindo dependência física ou psíquica e que se a perícia toxicológica não encontra em sementes de maconha o princípio ativo do vegetal responsável pelo seu poder intoxicante (THC) a posse ou guarda de tais sementes não tipifica a infração.*

A conduta imputada ao embargante só estaria configurada se ele houvesse semeado, cultivado ou feito a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência (artigo 12 - § 1º - II, da Lei nº 6.368/76), o que não é o caso dos autos, como bem apontou o voto vencido. Grifei.

Ressalte-se, ainda, que a semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no inciso II, do mesmo artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga, *verbis*:

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

No caso dos autos, o recorrido não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse. Apenas se supõe que seriam plantadas para ulterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. ART.12, *CAPUT*, (PRIMEIRA FIGURA), C/C 18, INCISO I (PRIMEIRA FIGURA), DA LEI 6.368/76, C/C ART. 14, II, DO CP. ART. 43, I, DO CPP. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA (MACONHA), POR INTERMÉDIO DE SÍTIO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDOTA. ATO PREPARATÓRIO. I - *A conduta atribuída ao denunciado foi, de fato, mero ato preparatório não punível, a teor do que dispõe o art. 31 do CP.* Tampouco há que se falar em tentativa (art. 14, II, do CP), uma vez que não se iniciou a fase executória, pressuposto para sua ocorrência. II - Na hipótese, não há como se concluir pela traficância internacional atribuída ao denunciado. A rigor, verifica-se a tentativa de importação de sementes de substância proscria, que, apesar da confissão do acusado, em fase policial, *apenas se presume que seriam plantadas para posterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.* III - *Presunção desacompanhada de fato concreto torna duvidosa a tipicidade da conduta e, por conseguinte, incabível o recebimento da denúncia.* IV - Conduta que não se abona; contudo, é atípica, porque meramente preparatória. V - Recurso desprovido. (RCCR 200634000311480 - Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro - e-DJF1 DATA: 26/09/2008). Grifei.

Como é cediço, no âmbito do direito penal, reina o princípio da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, de sorte que só a conduta prévia e perfeitamente descrita na hipótese de

incidência da norma penal autoriza a lícita imputação criminal. Por tais razões, tenho que a conduta narrada na inicial não se subsume ao art. 33, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/06, porque a semente de maconha não constitui *matéria-prima*, objeto material do referido tipo penal.

A conduta do recorrido só seria típica se ele, ao menos, houvesse semeado, cultivado ou feito a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência (art. 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06), o que também não ocorreu, no caso dos autos.

Por tais razões, deve ser mantida a decisão que rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

Nesse sentido, decisão também da 1ª Turma desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO. SEMENTES DE MACONHA. MATÉRIA-PRIMA. ATIPICIDADE DA CONDOTA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas, é necessário distinguir “preparação de drogas” da “produção de drogas”.

2. A semente de maconha presta-se à produção da maconha, mas não à preparação dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahydrocannabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas.

3. O verbo preparar tem o sentido de “aprontar (algo) para que possa ser utilizado”; “cuidar para que (algo) aconteça como planejado”; “compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes”; “criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)”, entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo produzir significa “fazer nascer de si”; “fabricar”; “causar”; “provocar”, etc. (*ibidem*).

4. Comparando esses verbos, verifica-se que: a) a semente de maconha não pode ser “composta” com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de “aprontar” a semente de maconha, “cuidar” dela ou “criar um estado de coisas propício” a que ela germine importam a que a semente seja “semeada” ou “cultivada”. Só assim, ela “produzirá” a maconha, ao dela “fazer nascer” a planta que dará origem à droga.

5. A semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as sementes da planta *Cannabis sativa* Linneu.

7. A semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à produção da maconha. Não há, porém, qualquer referência à produção de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a “preparação” à “produção” em face do princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal. Caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à “produção” e não apenas à “preparação” de drogas, no inciso em questão.

8. Já à luz do inciso II do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a consequente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas.

9. A semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada “maconha”. A importação e posse da semente de maconha, até que, ao menos, se inicie a execução dessas condutas, não poderá ser considerada fato típico caracterizador do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 14, II, do CP.

10. Só quando o agente inicia a semeadura ou o cultivo da planta de maconha, utilizando-se da semente dessa planta que importou, parece configurar-se, em tese, o crime equiparado ao tráfico previsto no § 1º, II, do art. 33 da Lei nº 11.343/06.
11. Importante ressaltar a distinção que a lei faz em relação à matéria-prima que sirva para a preparação de drogas e às plantas que se constituem em matéria-prima para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do § 1º do art. 33, fala-se em “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, enquanto, no inciso II, “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”.
12. Razoável interpretar a primeira referência a “matéria-prima”, contida no inciso I, como a que cuida da hipótese em que a matéria-prima não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da substância entorpecente conhecida como “maconha”.
13. Assim, não se prepara a “maconha” tendo por base a semente dela, mas sim a partir da planta que dela se originou.
14. Registre-se que muitos órgãos do Ministério Público Federal, ou seja, os próprios procuradores da República que oficiam perante as varas federais criminais de São Paulo, têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito.
15. Ainda que equiparasse a preparação de drogas à sua produção, a quantidade da semente apreendida, ou seja, 28 (vinte e oito), denota que a intenção do agente era plantio para consumo pessoal e não para o tráfico. Tal conduta, teoricamente subsumível no art. 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06, na forma tentada (CP, art. 14, II), apresenta-se impunível, já que o preceito secundário, isto é, as penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, na prática, não comportam combinação com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal.
16. Cumpre registrar que a importação de semente de maconha poderá subsumir-se no crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, *caput*, do Código Penal), já que não se permite a importação de semente de maconha sem prévia autorização do órgão competente, de modo que não houve, nem haverá, liberação geral de tal conduta como fato penalmente atípico, a ponto de incentivar pessoas desavisadas a acharem que a importação de semente de maconha não é crime, portanto, livre. Muito pelo contrário. A importação de semente de maconha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é, sim, crime, ressalvando-se que não se trata de crime de tráfico de drogas, mas sim de contrabando.
17. Eventual punição do agente pelo contrabando deverá levar em conta duas ordens de considerações. A primeira diz respeito à quantidade da semente de maconha importada ilegalmente, e a segunda, às condições pessoais do infrator.
18. Quanto à quantidade da semente, há que se indagar do cabimento ou não do princípio da insignificância ou da bagatela. Tal princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima que informa o Direito Penal contemporâneo (o qual deriva, por sua vez, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), segundo o qual só se justifica a intervenção desse ramo do direito como último instrumento de controle social (“ultima ratio”), devendo o Estado, sempre que há instrumentos menos gravosos para assegurar a paz social, prioritariamente recorrer a eles, evitando-se o emprego da pena criminal, que atinge mais intensamente a liberdade individual, que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Daí falar-se em caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que o Direito Penal deve atuar tão-somente em face de fatos que causem grave lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos por ele tutelados.
19. Nesse diapasão, se ínfima a quantidade de semente importada, aplicável, ao menos em tese, o princípio da insignificância, ficando a critério do prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto, pois o fato, embora formalmente típico, pode não sê-lo sob o ponto de vista da tipicidade material.

20. Quanto às condições pessoais do infrator, é necessário verificar se ele já importou as sementes de maconha, qual a finalidade por ele visada por essa conduta, qual o seu meio de vida, se a intenção dele é a de semeá-las e plantá-las, com vistas à colheita da planta para consumo pessoal ou para o tráfico, se há indício de habitualidade etc., pois, dependendo da resposta a essas indagações, a solução variará, deixando ser aplicável o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade da semente ilegalmente importada.

21. *Na situação dos autos, a conduta narrada na inicial acusatória não se subsume ao tipo descrito no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, haja vista que a semente importada pelo paciente não constitui matéria-prima destinada à preparação de drogas.*

22. Agravo regimental prejudicado. Ordem concedida para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente. (TRF3 - 1ª Turma - Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto - D. E publicado em 27/11/2013). Grifei.

Pelo exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso ministerial.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO: Pedi vista dos autos em razão da relevância do tema abordado (*sementes de maconha tem potencialidade lesiva para configurar o tráfico de droga?*).

Entendeu o relator, Desembargador Federal José Lunardelli, em síntese, que a semente de maconha não pode ser considerada como matéria-prima da maconha porque não possui condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação ou adição, resultar em entorpecente ou droga análoga.

Aduziu que “não se extrai maconha da semente, mas da planta germinada da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para a droga. A partir exclusivamente da semente ou adicionando qualquer outro elemento, não se obtém, por si só, a maconha. A semente é maconha em potência, mas, antes disso, precisa ser adequadamente cultivada a fim de florescer”.

Citando precedentes jurisprudenciais, inclusive da Primeira Turma deste Tribunal (HC nº 0025590-03.2013.4.03.0000, Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, j. 12.11.2013, e-DJF3 Judicial 1 26.11.2013), concluiu que a conduta imputada ao recorrido é atípica, razão pela qual negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal.

Divirjo, com a devida vênia.

Observando o *Laudo de Perícia Criminal Federal* elaborado pelo Setor Técnico Científico do Núcleo de Criminalística da Superintendência Regional no Estado de São Paulo do Departamento de Polícia Federal (fls. 23/29), extraio os seguintes - e importantes - trechos, que destaco:

Não se trata de substância ou de produto químico. As características do material examinado e sua massa líquida encontram-se descritas na seção I-MATERIAL EXAMINADO. Quanto à sua natureza, os materiais vegetais questionados foram examinados sob ampliação, sendo considerados propágulos vegetais e cuja descrição morfológica é compatível com a de frutos aquênios da espécie *Cannabis sativa* Linneu (conhecida popularmente como maconha).

(...)

De acordo com a publicação da Organização das Nações Unidas, os frutos aquênios da planta *Cannabis sativa* Linneu não apresentam a substância tetrahidrocannabinol (THC). Porém, a planta *Cannabis sativa* Linneu - que pode se originar dos frutos questionados - está relacionada na lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (Lista E) constante da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no DOU em 1º de fevereiro de 1999, bem como no RDC/ANVISA nº 39 (Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), datada de 9 de julho de 2012, que atualiza a lista de substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e outras sob controle especial, sendo proibida a importação, a exportação, o comércio, a manipulação o seu uso.

A semente de maconha é proscrita no Brasil e sua importação é evidentemente proibida. Ainda que não apresente, em sua composição, o THC, isso não a descaracteriza como elemento essencial para a produção da maconha. Afinal, da semente germinará a planta de cuja folha se originará a droga.

Nesse sentido, menciono o seguinte precedente deste Tribunal:

PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. CONDUTA PENALMENTE TÍPICA. ADEQUAÇÃO, EM TESE, AO INCISO I DO § 1º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. MATÉRIA-PRIMA. AUSÊNCIA DO PRINCÍPIO ATIVO THC. IRRELEVÂNCIA. DENÚNCIA REJEITADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. É penalmente típica a conduta de importar sementes de maconha, achando-se prevista no inciso I do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. 2. O conceito de “matéria-prima”, para os fins do inciso I do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não se limita ao produto ou substância que imediata e diretamente seja utilizado para a produção da droga. A produção da droga pode compreender - e geralmente compreende - várias etapas, assim como também podem ser múltiplas as transformações necessárias a sua conformação. Desse modo, mesmo as substâncias ou produtos utilizados nas primeiras etapas da produção da droga são, para os fins legais, matérias-primas ou, conforme o caso, insumos. 3. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que a expressão “matéria-prima”, para os efeitos da lei de regência, compreende não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação da droga, como as que, eventualmente, se prestem a essa finalidade, como o éter e a acetona, destacando, ademais, ser irrelevante que tais substâncias não constem na lista de proscritas. 4. Se assim é em relação ao éter e à acetona, com muito mais razão as sementes de maconha - cuja serventia mais evidente é, sem dúvida, o plantio do vegetal - devem ser consideradas alcançadas pelo conceito legal de matéria-prima. 5. O fato de as sementes de maconha não conterem o princípio ativo THC (tetrahydrocannabinol) não afasta a tipicidade da conduta, pois o objeto material do crime previsto no inciso I do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 não é a droga em si, mas a matéria-prima, o insumo ou produto químico destinado a sua preparação, ou seja, também são incriminadas as etapas anteriores da produção. 6. Do fato de o inciso II do § 1º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 incriminar a conduta de “semear” não resulta que a importação de sementes constitua mero ato preparatório. O tipo em questão é classificado como misto alternativo, isto é, uma conduta pode ser mais ampla ou pode ser pressuposto de outra e, mesmo assim, ambas são igualmente incriminadas, não sendo dado concluir que se tenha, em tais hipóteses, mera tentativa ou ato preparatório. 7. Ainda que a importação de sementes de maconha, feita em desacordo com determinações legais e regulamentares, não se amoldasse à previsão do inciso I do § 1º do artigo 22 da Lei nº 11.343/2006, a denúncia não poderia ser rejeitada, uma vez que, à luz do artigo 34 da Lei nº 10.711/2003 e do artigo 105 do Decreto nº 5.153/2004, seria caso de contrabando. 8. Recurso ministerial provido. (RESE nº 0009203-62.2011.4.03.6181/SP, Segunda Turma, v.u., Rel. Des. Federal Nelton dos Santos, j. 11.06.2013, e-DJF3 Judicial 1 20.06.2013)

Do minucioso voto do Desembargador Federal Nelton dos Santos, extraio o seguinte trecho, que, por sua importância, transcrevo:

Ora, a semente serve para a produção da maconha; a germinação nada mais é do que uma modalidade de transformação, pois é por meio dela que a semente transmuda-se em planta. Afirmar, portanto, que a semente de maconha não é matéria-prima para a produção da droga significaria restringir o alcance da norma, máxime quando se sabe que, no caso presente, o próprio recorrido admitiu que as sementes seriam por ele plantadas com o propósito de produzir a droga. Note-se que, de rigor, nem se faz necessário o dolo específico para a configuração desse delito, bastando que o agente saiba que a matéria-prima serve para a produção da droga. Entendo, assim, que o conceito de matéria-prima, para os fins do aludido dispositivo legal, *não se prende* ao produto ou substância que *imediata e diretamente* seja utilizado para a produção da droga. A produção da droga pode compreender - e geralmente compreende - várias etapas, assim como também podem ser múltiplas as transformações necessárias à conformação da substância entorpecente. Desse modo, mesmo as substâncias ou produtos utilizados nas primeiras etapas da produção da droga são, para os fins legais, matérias-primas ou, conforme o caso, insumos.

Nessa ordem de ideias, Carlos Roberto Bacila sustenta, em sede doutrinária, que o conceito de matéria-prima “refere-se às *sementes* da planta que originarão as drogas, bem como as mesmas plantas no caso das drogas que são derivadas de plantas, como é o caso da *maconha*, da planta de coca e da papoula, que é utilizada para a produção do ópio, da morfina e da heroína. (...) Portanto, *sementes*, plantas e produtos fundamentais constituem matéria-prima da droga” (Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: Lei nº 11.343/2006. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 111).

Lembre-se de que são exemplos clássicos de matéria-prima, para os fins do artigo 33, § 1º, inciso I, o éter e a acetona, substâncias que podem ser usadas para outras finalidades que não a produção de drogas. Ainda na vigência da Lei nº 6.368/1976, o Supremo Tribunal Federal proclamou que o éter e a acetona são alcançados pela expressão “matéria-prima” e que é irrelevante a circunstância de não constarem na lista de substâncias entorpecentes (STF, 1ª Turma, HC 69308/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 28/4/1992).

Também já decidiu o Excelso Pretório, em pelo menos duas outras ocasiões que versavam sobre éter e acetona, que “a expressão ‘matéria-prima’ constante do inciso I do parágrafo 1º do artigo 12 da Lei 6.368/76 compreende não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação da droga, como as que, eventualmente, se prestem a essa finalidade” (STF, 1ª Turma, RHC 64340/MS, rel. Min. Sydney Sanches, j. 16/9/1986; STF, 1ª Turma, RE 108726/PR, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 26/8/1986).

Se assim é com relação ao éter e à acetona, com muito mais razão as sementes de maconha devem ser consideradas como matéria-prima, pois sua serventia é bem mais restrita, podendo-se afirmar, sem temor de erro, que a principal função da semente de maconha é a de ser plantada para a produção do correspondente vegetal.

Não merece acolhida, portanto, o entendimento, consagrado na decisão objurgada, segundo o qual “a ausência do princípio ativo THC afasta a elementar do tipo ‘matéria-prima destinada à preparação de drogas’” (f. 63). No § 1º, inciso I, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o objeto material das condutas não é a droga, mas é a matéria-prima, o insumo ou o produto químico que se destina à respectiva preparação.

Entendo exatamente como Sua Excelência.

Nesse mesmo sentido, encontram-se os seguintes precedentes da Quinta Turma deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. NÃO EVIDENCIADA A FLAGRANTE ATIPICIDADE DOS FATOS SOB INVESTIGAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1- Verificada a existência de fato que, em tese, configura crime, e havendo indícios de sua autoria, cabe ao Representante do Ministério Público Federal, no exercício de suas atribuições constitucionais, oferecer denúncia com o fim de instaurar ação penal, para, à luz dos princípios constitucionais e legislação vigente, proceder à apuração dos fatos. 2. *Nos termos da jurisprudência que vem se consolidando, a semente, em seu estado natural, é a matéria-prima para a produção de uma planta.* 3. A materialidade do delito restou comprovada pelo Termo de Apreensão de Substâncias Entorpecentes e Drogas Afins, pelo Auto de Apresentação e Apreensão, e pelo Laudo de Perícia Criminal Federal. 4. Os indícios da autoria podem ser extraídos do fato de que o acusado é o destinatário da remessa interceptada nos Correios pela Polícia Federal. 5. O recebimento da denúncia com o consequente prosseguimento da persecutio criminis é de rigor, inclusive sob o pálio da regra *in dubio pro societate*, que vigora neste momento processual. Havendo dúvidas acerca da correta tipificação penal da conduta do denunciado, deve prosseguir a ação penal para que, ao final, conclua-se acerca da definição jurídica adequada, vide julgados colacionados. 6- Ordem denegada. (HC 0023269-58.2014.4.03.0000/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 03.11.2014, e-DJF3 Judicial 10.11.2014)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. CONDUTA PENALMENTE TÍPICA. MATÉRIA-PRIMA PARA A PRODUÇÃO DA DROGA. RECURSO PROVIDO. 1. Reexame necessário criminal contra decisão que indeferiu o requerimento ministerial e determinou, de ofício, o arquivamento do inquérito policial instaurado através da Portaria IPL nº 1882/2013-2 DPF/CAS/SP. 2. A hipótese dos autos versa sobre inquérito policial instaurado para apurar eventual crime de tráfico internacional de drogas previsto no artigo 33, § 1º, inciso I, c/c artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, tendo em vista a apreensão pela Polícia Federal, na sede dos Correios em São Paulo, de encomenda consistente em 16 sementes de Cannabis Sativa Lineu. 3. Foi proferida decisão determinando o arquivamento do inquérito policial sob o fundamento da atipicidade do fato, por considerar que as sementes de maconha não apresentam a substância tetrahidrocannabinol (THC), geradora da dependência, e ainda que a quantidade encontrada não conformaria o tipo penal do delito de tráfico internacional de drogas. 4. Não se pode descaracterizar a semente da maconha como matéria-prima para a produção da droga, dado que a germinação da mesma é a etapa inicial do crescimento da planta. Precedentes. 5. A semente, em seu estado natural, é a matéria-prima para a produção da planta de maconha e, portanto, sua importação é proscriita e configura ilícito penal, haja vista que sua internalização em território nacional não é permitida. 6. A pequena quantidade de sementes, no presente caso, deve ser posteriormente analisada no contexto dos elementos que vierem à lume com o prosseguimento das investigações, podendo, a critério do órgão ministerial de primeiro grau, ensejar, inclusive, significativa redução no apenamento ou mesmo a incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006, conforme a prova produzida. 7. Recurso provido. (RENEC 0014055-61.2013.4.03.6181/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Des. Federal Paulo Fontes, j. 04.08.2014, e-DJF3 Judicial 13.08.2014)

Por fim, lembro também que há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que semente de maconha é matéria-prima destinada à preparação da maconha:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. Incorre no tráfico de entorpecentes quem importa ou exporta, remete, produz,

fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76). 2. No caso, o fato narrado na denúncia, ou seja, a apreensão, na residência do paciente, de 170 sementes de *cannabis sativa*, amolda-se perfeitamente ao tipo penal “ter em depósito” e “guardar” matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, § 1º, I, da Lei 6.368/76), não podendo se falar em atipicidade da conduta. 3. Ordem denegada.

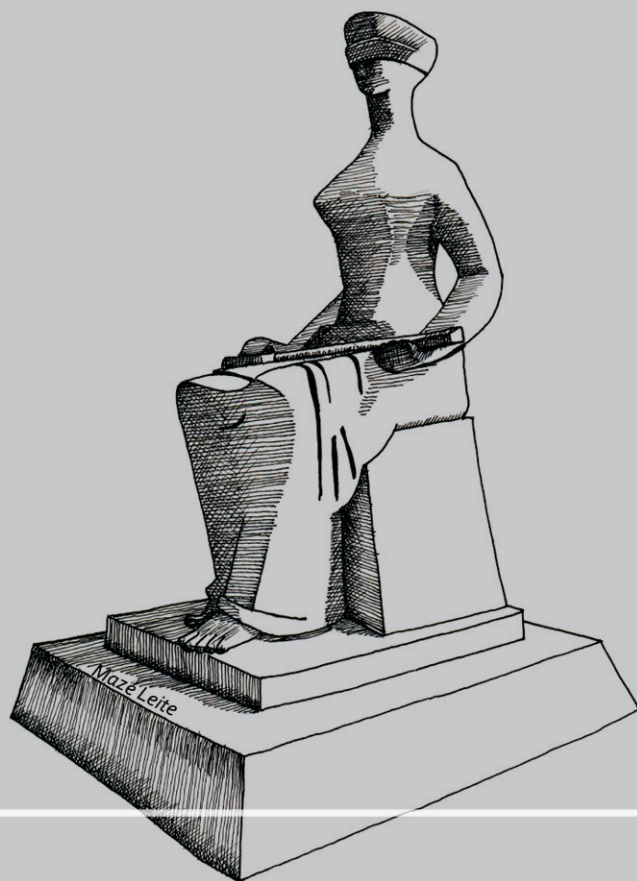
(HC 100437/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.12.2008, DJe 02.03.2009)

Posto isso, pedindo vênias ao relator, DOU PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal para receber a denúncia, nos termos em que oferecida, determinando ao juízo *a quo* que dê prosseguimento ao feito, nos termos do art. 56 da Lei nº 11.343/2006.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0002252-44.2001.4.03.6103
(2001.61.03.002252-0)

Apelante: MIRIAM CELI FREITAS VIEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AC 993052
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2014

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ARTIGO 543-C, § 7º, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR. BENEFÍCIO DEVIDO SOMENTE ATÉ O PENSIONISTA ATINGIR 21 ANOS DE IDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Para fazer jus ao benefício da pensão por morte, é necessária a comprovação da condição de dependente do segurado e da filiação do falecido à Previdência Social na data do evento morte (Lei nº 8.213/91, artigos 16, 26, I e 74).
2. Exceção feita às hipóteses de invalidez, faz jus à pensão por morte o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não havendo previsão legal de extensão etária decorrente de frequência a curso superior.
3. O dever estatal da prestação de educação, constitucionalmente consagrado, centra-se na outorga de ensino fundamental gracioso e na gradativa universalização do ensino médio gratuito (art. 208, I e II, da CF/88), não havendo referência expressa quanto ao nível universitário.
4. Não há previsão legal para que se mantenha o benefício após o pensionista completar a idade de 21 (vinte e um) anos.
5. Questão decidida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.369.832/SP, em sede de recurso repetitivo.
6. Apelação a que se nega provimento, reformando-se o julgamento anteriormente proferido, nos termos do art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *em juízo de retratação nos termos do art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC negar provimento à apelação da parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Cuida-se de processo devolvido a esta Sétima Turma pela Vice-Presidência desta Corte, que determinou a aplicação do disposto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 122/v), com vistas à possível retratação, em razão de Recurso Especial interposto pelo INSS e em face da apreciação da questão de mérito pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.369.832/SP, em sede de recurso repetitivo, para apreciação de eventual dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado desses Tribunais Superiores.

A parte autora propôs ação em face do INSS, pleiteando a manutenção da pensão por morte até a conclusão de curso universitário. Sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

A autora interpôs apelação alegando que faz jus à prorrogação do benefício de pensão por morte até a conclusão do curso superior ou até a data em que completar 24 (vinte e quatro) anos de idade.

O *decisum* foi reformado por acórdão proferido por esta Sétima Turma, que, por unanimidade, deu provimento à apelação da parte autora, reformando, *in totum*, a r. sentença.

O INSS interpôs, então, recurso especial, sendo que os autos foram remetidos a esta Relatoria para os fins do disposto no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa para julgamento.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Para fazer jus ao benefício da pensão por morte, é necessária a comprovação da condição de dependente do segurado e da filiação do falecido à Previdência Social na data do evento morte (Lei nº 8.213/91, artigos 16, 26, I e 74).

Na espécie, o autor recebeu pensão por morte, em decorrência do óbito de seu pai, pretendendo sua manutenção até a conclusão do curso superior.

Acerca do tema, dispõe o art. 16 da Lei nº 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Do acima exposto, exceção feita às hipóteses de invalidez, depreende-se fazer jus à pensão por morte o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não havendo previsão legal de extensão etária decorrente de frequência a curso superior.

Ademais, o dever estatal da prestação de educação, constitucionalmente consagrado, centra-se na outorga de ensino fundamental gracioso e na gradativa universalização do ensino médio gratuito (art. 208, I e II, da CF/88), não havendo referência expressa quanto ao nível universitário.

A propósito, confira-se o seguinte paradigma:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO TEMPORÁRIA POR MORTE DA GENITORA. TERMO FINAL. PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A Lei nº 8.212/90 prevê, de forma taxativa, quem são os beneficiários da pensão temporária por morte de servidor público civil, não reconhecendo o benefício a dependente maior de 21 anos, salvo no caso de invalidez. Assim, a ausência de previsão normativa, aliada à jurisprudência em sentido contrário, levam à ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, estudante universitário, de estender a concessão do benefício até 24 anos. Precedentes: (v.g., REsp 639487/SP, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 01.02.2006; RMS 10261/DF, 5ª T., Min. Félix Fischer, DJ 10.04.2000).

2. Segurança denegada.

(STJ, MS nº 12.982/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 01/02/2008, v.u., DJ 31/3/2008)

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta 7ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. FILHO NÃO-INVÁLIDO MENOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS OU ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO UNIVERSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

- A pensão por morte é devida ao filho menor de 21 anos ou inválido, não sendo possível, em face de ausência de previsão legal, a prorrogação do recebimento desse benefício até os 24 anos, ainda que o beneficiário seja estudante universitário. Precedentes do STJ.

- Embargos infringentes providos.

(EI nº 1295326, rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 11/02/2010, maioria, DJF3 29/03/2010, p. 112).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE. PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. São dependentes para o efeito de recebimento da pensão por morte os que, embora não contribuindo para o custeio da seguridade social, estão indicados como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

2. O requisito temporal exigido para delinear-se a qualidade de dependência presumida do filho que não é inválido, é ser menor de 21 (vinte e um) anos.

3. Embora alguns julgados venham estendendo o benefício até o limite da idade de 24 (vinte e quatro) anos, com vistas a garantir ao pensionista a conclusão do curso superior, a melhor doutrina posiciona-se em sentido contrário.

4. 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.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

(AC nº 1128407, rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 07/06/2010, v.u., DJF3 28/07/2010, p. 385).

Destaco, ainda, o novel posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, em aresto representativo de controvérsia explicitado abaixo, em beneplácito à segurança jurídica que sintetiza a necessidade de uniformidade de tratamento jurídico, firmado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC):

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO FATO GERADOR. OBSERVÂNCIA. SÚMULA 340/STJ. MANUTENÇÃO A FILHO MAIOR DE 21 ANOS E NÃO INVÁLIDO. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica 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 concessão de benefício previdenciário rege-se pela norma vigente ao tempo em que o beneficiário preenchia as condições exigidas para tanto. Inteligência da Súmula 340/STJ, segundo a qual “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

3. Caso em que o óbito dos instituidores da pensão ocorreu, respectivamente, em 23/12/94 e 5/10/01, durante a vigência do inc. I do art. 16 da Lei 8.213/91, o qual, desde a sua redação original, admite, como dependentes, além do cônjuge ou companheiro (a), os filhos menores de 21 anos, os inválidos ou aqueles que tenham deficiência mental ou intelectual.

4. Não há falar em restabelecimento da pensão por morte ao beneficiário, maior de 21 anos e não inválido, diante da taxatividade da lei previdenciária, porquanto não é dado ao Poder Judiciário legislar positivamente, usurpando função do Poder Legislativo. Precedentes.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do

Código de Processo Civil.

(STJ-1ª Seção, RESP nº 1369832, publicação: DJe: 07/08/2013, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima).

Dessa forma, não há previsão legal para que se mantenha o benefício após o pensionista completar a idade de 21 (vinte e um) anos.

Impõe-se, por isso, a manutenção da r. sentença.

Ante tais considerações, à vista do posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, em juízo de retratação, nos termos dos artigos 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, procedo à reforma do julgamento anteriormente proferido às fls. 75/78 para *negar provimento à apelação da parte autora*, nos termos acima expostos.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0034995-59.2001.4.03.9999

(2001.03.99.034995-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 204/208V

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: FERNANDO BORTOLETTI

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRAVINHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AC 714148

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE ESPECIAL. FRENTISTA. VIGIA. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS.

- O período laborado como vigilante, conquanto a lei não preveja expressamente o enquadramento da atividade no rol de atividades especiais, é forçoso reconhecer sua periculosidade, independente do uso de arma de fogo, por analogia à função de guarda, prevista no item 2.5.7 do Decreto 53.831/64. (REsp 449.221 SC, Min. Felix Fischer).

- A atividade de frentista é tida por especial, em razão de exposição a tóxicos orgânicos, derivados de hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, cujo enquadramento se dá em conformidade com os itens 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64.

- Além dos malefícios causados à saúde, devido à exposição a tóxicos do carbono, álcool, gasolina e diesel, a que todos os empregados de posto de gasolina estão sujeitos, independentemente da função desenvolvida, existe, também, a característica da periculosidade do estabelecimento, na forma da Súmula 212 do Supremo Tribunal Federal

- As atividades laborais do autor, cujo enquadramento como especiais ora se reconhece, foram exercidas em período anterior a 28.04.1995, época em que a especialidade da atividade podia ser verificada com base na categoria profissional. Dessa forma, o INSS tinha condições de constatar a existência do direito do autor à contagem dos interregnos como especiais por ocasião do pedido administrativo. A produção probatória posterior à concessão do benefício não era essencial à comprovação de seu direito e não altera a conclusão que poderia ser obtida somente com os elementos aferidos no procedimento administrativo.

- Os argumentos trazidos pelo Agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

- Agravo desprovido.

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Agravo (fls. 211/219) previsto no artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo INSS em face de Decisão (fls. 204/208v), que deu provimento parcial à Remessa Oficial tida por interposta e à Apelação do INSS, mantendo a Sentença na parte em que determinou a revisão do tempo de serviço que embasou a concessão de aposentadoria, mediante o reconhecimento de períodos de labor considerados especiais, como vigia e frentista.

Alega o Instituto-Agravante que, após a edição da Lei nº 9.032/1995, não é possível o reconhecimento da especialidade com base na categoria profissional. Caso mantida a sentença quanto à matéria de fundo, requer seja fixado o termo inicial na data da juntada do laudo.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão singular que apreciou integralmente o pedido, julgando-o de forma fundamentada, embasada na legislação pertinente e no entendimento jurisprudencial predominante. Por oportuno, destaco os seguintes trechos da decisão agravada, que responde às impugnações da autarquia-agravante:

(...) omissis

O caso em concreto.

Busca o autor o reconhecimento da insalubridade do labor de frentista e vigia, nos períodos abaixo relacionados, com a finalidade de majorar a renda mensal percebida em razão de benefício de aposentadoria por tempo de serviço:

- a) 01/12/82 a 21/09/83, como frentista, na Comercial Zapelini Ltda.;
- b) 01/10/83 a 23/03/84, como vigia, na Intersolo Comércio e Importação Ltda.;
- c) 01/04/84 a 25/06/93, como vigia, na Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo.

A fim de comprovar suas alegações, o autor juntou aos autos:

- a) Fls. 13/24 - Cópias de sua CTPS;
- b) Fls. 26 - Formulário DSS 8030, referente ao período entre 01/04/84 a 25/06/93, trabalhado como vigia para a Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo;
- c) Fls. 27 - Formulário DSS 8030, referente ao período entre 01/12/82 a 21/09/83, trabalhado como frentista para a Comercial Zapelini Ltda, atestando a exposição do autor, de modo habitual e permanente aos agentes agressivos umidade, combustíveis, óleo, calor e gases expelidos em decorrência da queima de combustível;
- d) Fls. 28 - Certificado de Reservista de 1ª Categoria, atestando a atividade militar do autor no 17º Regimento de Cavalaria, de 1952 a 1954.

Por determinação judicial, foi produzido laudo técnico pericial, acostado às fls. 145/149.

Quanto à atividade de vigilante, observo que essa atividade é enquadrada como especial pelo Decreto nº 53.831/64 (código 2.5.7), de modo que o enquadramento se dá pela presunção legal até 10/12/1997.

Portanto, a atividade exercida na função de vigilante nos períodos entre 01/10/83 a 23/03/84, na Intersolo Comércio e Importação Ltda., e entre 01/04/84 a 25/06/93, na Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo deverá ser considerada especial e, posteriormente, convertida em tempo de serviço comum, pois consta nas categorias profissionais elencadas no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64, código 2.5.7. Nesse sentido, confirmam-se as ementas abaixo transcritas:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. *GUARDA*_NOTURNO. ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE ESPECIAL.

1. É indubitoso o direito do segurado, se atendidos os demais requisitos, à aposentadoria especial, em sendo de natureza perigosa, insalubre ou penosa a atividade por ele exercida, independentemente de constar ou não no elenco regulamentar dessas atividades.

2. ‘Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.’ (Súmula do extinto TFR, Enunciado nº 198).

3. Recurso conhecido.”

(STF, REsp 234.858/RS, 6ª Turma, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 12/05/2003, p. 361)

“PREVIDENCIÁRIO - SENTENÇA *ULTRA PETITA* - REDUÇÃO - RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE EM PARTE - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - REQUISITO PREENCHIDO - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO - APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. - (...) - Prestando, o autor, serviços em condições especiais, nos termos da legislação vigente à época, anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, faz jus à conversão do tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de aposentadoria, a teor do já citado art. 70 do Decreto 3.048/99. - É amplamente aceito na jurisprudência a condição de especial da atividade de *vigia*, eis que equiparada à atividade de guarda, prevista no item 2.5.7 do quadro anexo do Decreto nº 53.831/64. - Somado o período de trabalho em atividade especial devidamente convertido no período entre 03.11.1987 a 05.03.1997, não considerado em sede administrativa, o autor faz jus ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço, deste a data da citação, no percentual de 76% do salário-de-benefício. - (...) Acolho a matéria preliminar. - Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas. - Recurso adesivo prejudicado.”

(TRF/3ª Região, APELREEX 00427260920014039999, 7ª Turma, Relatora Desembargadora Federal EVA REGINA, DJF3 24/9/2008)

Ressalte-se que o reconhecimento da periculosidade independe do porte de arma de fogo, conforme precedente desta Corte:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO §1º ART.557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. *VIGIA*. INDEPENDENTE DE PORTE DE ARMA DE FOGO. REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI. RUÍDO. EPI. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS NA DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. I - O porte de arma não define a periculosidade da atividade do *guarda*/vigilante, pois o risco a que o trabalhador se expõe advém da função de defender o patrimônio alheio, sendo que o fato de não portar arma de fogo o coloca em situação de desvantagem, pois desprovido de instrumento de defesa para repelir agressão alheia - (...) Agravo do INSS improvido. Agravo da parte autora parcialmente provido.”

(APELREE - 1408209, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, DJF3 CJ119/8/2009 p. 860)

Já a atividade de frentista é tida por especial, em razão de exposição a tóxicos orgânicos, derivados de hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, cujo enquadramento se dá em conformidade com os itens 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64.

Cumpra esclarecer que além dos malefícios causados à saúde, devido à exposição a tóxicos do carbono, álcool, gasolina e diesel, a que todos os empregados de posto de gasolina estão sujeitos, independentemente da função desenvolvida, existe, também, a característica da periculosidade do estabelecimento, na forma da Súmula 212 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Súmula 212. Tem direito ao adicional de serviço perigoso o empregado de posto de gasolina de revenda de combustível líquido.”

Por sua vez, o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF/3ª Região, AMS 2006.61.26.003803-1, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, DJF3 4/3/2009, p. 990, APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal, 7ª Turma, LEIDE POLO, DJF 29/5/2009, p. 391.

Nesses termos, reconheço como tempo de atividade especial os períodos de 01/12/82 a 21/09/83, como frentista, na Comercial Zapelini Ltda., de 01/10/83 a 23/03/84, como vigia, na Intersolo Comércio e Importação Ltda., e de 01/04/84 a 25/06/93, como vigia, na Cooperativa dos plantadores de cana do Estado de São Paulo.

Dessa forma, impõe-se a revisão do cômputo de tempo de serviço do autor, a partir da data de concessão do benefício.

(...) *omissis*

Por fim, o termo inicial dos efeitos da revisão deve ser mantido na data de início do benefício, conforme fixado em sentença.

No caso concreto, as atividades laborais do autor, cujo enquadramento como especiais ora se reconhece, foram exercidas em período anterior a 28.04.1995, época em que a especialidade da atividade podia ser verificada com base na categoria profissional. Dessa forma, o INSS tinha condições de constatar a existência do direito do autor à contagem dos interregnos como especiais por ocasião do pedido administrativo. A produção probatória posterior à concessão do benefício não era essencial à comprovação de seu direito e não altera a conclusão que poderia ser obtida somente com os elementos aferidos no procedimento administrativo.

No mais, os argumentos trazidos pelo agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

Assim, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder que justificasse sua reforma, a Decisão atacada deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006421-50.2006.4.03.9999

(2006.03.99.006421-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 175/176

Interessado: THEREZINHA MARESTONI E EVERTON JOSÉ CABRAL MORGADO (incapaz)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PARAGUAÇU PAULISTA - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Classe do Processo: AC 1089459

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL NA SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO MENOR. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO DA COMPANHEIRA. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 74, LEI 8.213/91. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. AGRAVO LEGAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A ausência de intervenção do Ministério Público nesta Corte Regional, para configurar nulidade, necessita da demonstração de prejuízo ao menor, o que não ocorreu no caso dos autos (STJ - REsp 15.713 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.1991, DJU 24.02.1992 / STJ - AI 423.153 - Quarta Turma - rel. Min. Aldir Passarinho Jr. - j. 06.08.2002 - DJ 16.09.2002).

2. O benefício deve ser concedido desde o requerimento administrativo (07/08/2002 - fls. 11) e não da data do óbito.

3. A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

4. 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.

5. Agravo legal 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 LEGAL e determinar, de ofício, a fixação da correção monetária

e dos juros de mora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela autarquia contra r. decisão monocrática proferida nos moldes autorizados pelo artigo 557, do Código de Processo Civil.

Requer a parte agravante a reforma da r. decisão agravada sob o argumento, em síntese, de que há nulidade absoluta em virtude da ausência de manifestação do Ministério Público Federal nesta Corte Regional, posto que há interesse de menor, para o qual também houve sucumbência.

Ademais, aduz a necessidade de apreciação da questão relativa ao termo inicial do benefício, o qual foi fixado à partir da data do óbito, ao passo que o correto seria a fixação na data do requerimento administrativo.

Concedida vista ao Ministério Público Federal (fls. 188/189), houve manifestação preliminar pela nulidade da decisão monocrática de fls. 175/176 e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso de apelação e da remessa oficial (fls. 193/198).

Existindo elementos que autorizam a reforma, em parte, da r. decisão, deixo de efetuar o juízo monocrático de retratação e, em homenagem ao princípio da celeridade processual, apresento o recurso diretamente em mesa a fim de que seja analisado pelo Colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Assiste razão parcial à agravante.

Inicialmente, atendendo ao princípio da celeridade processual, afasto a preliminar de nulidade da decisão monocrática de fls. 175/176 ante a ausência de intervenção do Ministério Público nesta Corte Regional, tendo em vista que não houve prejuízo ao menor.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual, para configurar nulidade, é necessária a demonstração do prejuízo, o que não ocorreu no caso dos autos, porquanto houve manifestação do *parquet* em primeira instância, ocasião em que requereu a procedência da presente demanda. (STJ - REsp 15.713 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.1991, DJU 24.02.1992 / STJ - AI 423.153 - Quarta Turma - rel. Min. Aldir Passarinho Jr. - j. 06.08.2002 - DJ 16.09.2002)

Ademais, 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 não conheço da remessa oficial, tida por interposta.

Passo à análise do mérito.

O artigo 74 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, estabelece que:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

No caso dos autos, o falecimento do instituidor do benefício ocorreu em 28/01/1999, conforme faz prova a certidão de óbito acostada pela companheira em fls. 10. Por seu turno, o requerimento administrativo do benefício foi feito apenas em 07/08/2002 (fls. 11), mais de trinta dias após o óbito.

Portanto, nos termos do artigo supracitado, o benefício deve ser concedido *desde o requerimento administrativo* (07/08/2002 - fls. 11) e não da data do óbito.

A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

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.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo legal tão somente para alterar o termo inicial do benefício, o qual fixo na data do requerimento administrativo (07/08/2002), e determino, de ofício, a fixação dos juros de mora e correção monetária, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

EMBARGOS INFRINGENTES

0007387-61.2006.4.03.6103

(2006.61.03.007387-2)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: LUIZ CARLOS PEREIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: EI 1343021

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. EXPOSIÇÃO A RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.

- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei.

- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes em formulário próprio (SB 40).

- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.

- A partir de 01.01.2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial.

- O PPP que contemple períodos laborados até 31.12.2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos.

- Acerca da utilização de EPI - Equipamento de Proteção Individual, o seu uso, antes da vigência da Lei nº 9.732/98, não descaracterizava o enquadramento da atividade sujeita a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. Tampouco era obrigatória, para fins de aposentadoria especial, a menção expressa à sua utilização no laudo técnico pericial. Contudo, em relação às atividades exercidas a partir da data da publicação da Lei nº 9.732/98, é indispensável a elaboração de laudo técnico de que conste "informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo". Na hipótese de o laudo atestar expressamente a neutralização do agente nocivo, a utilização de EPI afastará o enquadramento do labor desempenhado como especial.

- Do que consta dos autos, contudo, não se extrai a indicação de neutralização do agente nocivo - no caso, o ruído -, mas tão somente a sua diminuição, tampouco se podendo afirmar que tenha havido efetiva fiscalização quanto ao uso do EPI.
- Atividade especial comprovada por meio de laudo técnico e PPP que atestam a exposição a níveis de ruído superiores aos permitidos em lei, consoante Decretos nºs 2.172/97 e 4.882/2003, contemporâneos aos fatos.

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, 22 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Embargos infringentes tirados de julgado assim resumido (fl. 208):

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. USO DE EPI.

1 - A utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI não cria óbice à conversão do tempo especial em comum, uma vez que não extingue a nocividade causada ao trabalhador, cuja finalidade de utilização apenas resguarda a saúde e a integridade física do mesmo, no ambiente de trabalho.

2 - Agravo legal do autor provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo legal, nos termos do voto condutor que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de novembro de 2013.

NELSON BERNARDES DE SOUZA

Relator para o acórdão

O INSS requer a prevalência do voto vencido, ao argumento de que “se há prova nos autos assinalando que o EPI utilizado pelo segurado neutraliza a insalubridade, não há que se falar em exercício de atividade especial”.

Recurso admitido (fl. 214) e redistribuído a minha relatoria (fl. 216 v.).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Do voto condutor, da lavra do Desembargador Federal Nelson Bernardes, extraí-se (fl. 207):

Em sessão de julgamento realizada em 04 de novembro de 2013, o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Rodrigo Zacharias proferiu voto no sentido de negar provimento ao agravo legal interposto pelo autor e manter a decisão monocrática por ele proferida (fls. 195/196), por meio da qual negara seguimento à apelação, em ação objetivando a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial.

Fundamentou Sua Excelência seu voto no sentido da utilização eficaz de Equipamentos de Proteção Individual - EPI, o que inviabilizaria o reconhecimento da especialidade em lapso temporal posterior a 14 de dezembro de 1998.

Dirijo do entendimento manifestado pelo eminente Relator, uma vez que, a meu julgar, a utilização de Equipamentos de Proteção Individual - EPI não cria óbice à conversão do tempo especial em comum, uma vez que não extingue a nocividade causada ao trabalhador, cuja finalidade de utilização apenas resguarda a saúde e a integridade física do mesmo, no ambiente de trabalho. A propósito, julgado desta Egrégia Corte Regional: 8ª Turma, AC nº 1999.03.99.106689-8, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 03.11.2003, DJU 29.01.2004, p. 259.

Assim, reconhecido como insalubre o lapso temporal objeto de controvérsia (18 de maio de 1989 a 16 de fevereiro de 2006 - data em que emitido o PPP de fl. 16) desempenhado junto à empresa General Motors do Brasil Ltda., conta o autor com tempo superior a 25 anos, ensejando-lhe a *conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial*. Termo inicial do benefício mantido na data do requerimento administrativo (27 de abril de 2006).

As parcelas em atraso devem ser corrigidas 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. 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.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento desta Turma.

Ante o exposto, dirijo do ilustre Relator, com a devida venia, e pelo meu voto, dou provimento ao agravo legal oposto pelo autor para tornar insubsistente a decisão agravada. Em novo julgamento, dou provimento ao apelo para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, nos termos da fundamentação. (destaque no original)

O voto vencido, a seu turno, da lavra do Juiz Federal em Auxílio Rodrigo Zacharias, veio consubstanciado nos moldes abaixo (fls. 204/205):

A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante. Pretende o agravante, em sede de agravo, rediscutir argumentos já enfrentados pela decisão recorrida.

Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:
“(…)

Do enquadramento de período especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto nº 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

‘Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(…)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.’ Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a ‘qualquer tempo’, independentemente de haverem ou não preenchido os requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontra-se superada a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98 bem como qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei nº 6.887/80.

Nesse sentido, reporto-me a jurisprudência firmada pelo Colendo STJ:

‘PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO.

1. Com as modificações legislativas acerca da possibilidade de conversão do tempo exercido em atividades insalubres, perigosas ou penosas, em atividade comum, infere-se que não há mais qualquer tipo de limitação quanto ao período laborado, ou seja, as regras aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28/05/1998. Precedente desta 5ª Turma.

2. Recurso especial desprovido’.

(STJ; REsp 1010028/RN; 5ª Turma; Rel. Ministra Laurita Vaz; julgado em 28/2/2008; DJe 07/4/2008)

Cumprido observar que, antes da entrada em vigor do Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) a atestar a existência das condições prejudiciais.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo é o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época em que o serviço fora prestado.

Dentro desse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto nº 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos nº 83.080/79 e nº 53.831/64 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto nº 2.172/97.

Com a edição do Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.0.1, 3.0.1 e 4.0.0 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

No caso vertente, em relação aos intervalos:

a) de 9/2/1977 a 30/11/1988, há formulário que aponta a atividade de operador de caldeira, no setor de caldeira da empresa - código 2.5.2 do anexo do Decreto nº 83.080/79;

b) de 18/5/1989 a 27/4/2006, há formulários, laudos técnicos e perfis profissiográficos previdenciários - PPP, os quais informam a exposição habitual e permanente a níveis de ruído

superiores a 90 decibéis.

Contudo, restou comprovado que o equipamento de proteção individual - EPI elimina ou neutraliza a nocividade. Com efeito, os laudos técnicos referidos apontam que são fornecidos e de uso obrigatório todos os equipamentos de proteção individual - EPI necessários à atividade e que estes diminuem o agente agressivo ruído aos limites de tolerância.

Destaco que a utilização de Equipamento de Proteção Individual - EPI, desde que comprovadamente elimine ou neutralize a nocividade, exclui o enquadramento da atividade especial somente a partir da vigência da Lei nº 9.732, em 14/12/1998, quando foi inserida na legislação previdenciária a exigência de que essa informação constasse do respectivo laudo técnico.

Dessa forma, o enquadramento dos períodos acima se limita a 13/12/1998, consoante, alias, já havia reconhecido a autarquia no âmbito administrativo (fls. 98/107).

Por conseguinte, ausente o requisito temporal insculpido no artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Deixo de condenar a parte autora em verbas de sucumbência, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, nego seguimento à apelação da parte autora.

(...)"

Assim, a decisão agravada está suficientemente fundamentada e atende ao princípio do livre convencimento do Juiz, de modo que não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

Outrossim, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinentes ao tema: AgRgMS nº 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19/6/01, RTRF 49/112; AgRgEDAC nº 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29/7/04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator, que 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" (*caput*), ou, ainda, dará 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" (§ 1º-A).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo. (g.n.)

O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade, ou não, de a utilização do EPI - Equipamento de Proteção Individual afastar o enquadramento de atividade especial após o advento da Lei nº 9.732/98.

Exigia-se para a concessão de aposentadoria especial, desde a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, o trabalho do segurado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos. Ato do Chefe do Poder Executivo trataria de explicitar quais os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

A Lei nº 8.213/91, em seus artigos 57 e 58, conservou o arquétipo legislativo originário, dispondo que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei própria.

O campo de aplicação dos agentes nocivos associava-se ao serviço prestado, chegando-se à atividade profissional e final classificação em serviço penoso, insalubre ou perigoso. O rol de agentes nocivos era exaustivo, mas exemplificativas as atividades listadas sujeitas à exposição pelo segurado.

Daí que para a concessão da aposentadoria especial era suficiente que o segurado comprovasse o exercício das funções listadas nos anexos trazidos pela lei. Também, é fato, porque impossível listar todas as atividades profissionais, perícia judicial era admitida para constatar que a atividade profissional do segurado, não inscrita nos anexos, classificava-se em perigosa, insalubre ou penosa. A jurisprudência assim caminhou, culminando com a edição da Súmula 198 do Tribunal Federal de Recursos.

Quiçá diante do aumento da concessão de aposentadorias, facilitado pelo caminho que o legislador, jurisprudência e súmula consagraram para a constatação de que a atividade profissional estava exposta a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, veio a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995. E alterou o modelo.

De ver que a redação original do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 dispunha que “A aposentadoria especial será devida ... conforme a atividade profissional”; a Lei nº 9.032/95, por sua vez, estatuiu que “A aposentadoria especial será devida ... conforme dispuser a lei”.

Os parágrafos 3º e 4º do referido artigo rematam a ideia:

3º. A concessão da aposentadoria especial *dependerá de comprovação pelo segurado*, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

4º. *O segurado deverá comprovar*, além do tempo de trabalho, *exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física*, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

A dizer que o simples enquadramento da atividade profissional, conforme o disposto nos anexos do decreto regulamentador - isto é, a concessão da aposentadoria especial com base na presunção de que certa categoria estaria sujeita a certo e correspondente agente nocivo - não mais era bastante. O segurado deveria comprovar, realmente, que estava exposto a agentes insalubres, penosos ou perigosos. E tal comprovação foi organizada pelo INSS por meio de formulário próprio, o SB 40.

Eficácia plena as alterações impostas pela Lei nº 9.032/95 somente alcançaram com o advento da MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. De modo a sacramentar a necessidade de efetiva exposição a agentes nocivos, prova a ser feita por meio de formulário e laudo.

A redação do artigo 58, com os devidos destaques:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

1º. *A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário*, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

2º. *Do laudo técnico* referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

3º. A empresa que não mantiver *laudo técnico atualizado* com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir *documento de comprovação de efetiva exposição* em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à

penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

4º. A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento.

E o Poder Executivo definiu a relação dos agentes nocivos por meio do Decreto nº 2.172/1997.

Do que se extrai o seguinte: funções exercidas até a promulgação da Lei nº 9.032/95, ou seja, até 28 de abril de 1995, suficiente o simples exercício da profissão, fazendo-se o enquadramento conforme o disposto nos anexos dos regulamentos; de 29 de abril até a publicação da Medida Provisória 1.523/96, ou seja, até 13 de outubro de 1996, fazia-se a prova da efetiva exposição por meio de formulário próprio; de 14 de outubro em diante necessários o formulário e correspondente laudo técnico. Síntese que leva em conta o período em que foram exercidas as atividades, de forma a que as modificações da legislação valham sempre para frente, pouco importando o requerimento posterior do benefício, cuidando-se de normas reguladoras dos meios de prova do direito previamente adquirido, atinentes, portanto, à forma, não à matéria.

Quanto ao grau mínimo de ruído para caracterizar a atividade como especial, a evolução legislativa começa com o Decreto nº 53.831/64, que considerou insalubre e nociva à saúde a exposição do trabalhador em locais com ruídos acima de 80 decibéis. O Decreto 83.080/79, por sua vez, aumentou o nível mínimo de ruído, fixando-o para acima de 90 decibéis.

Até que fosse promulgada a lei que dispusesse sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física, trataram os Decretos 357/91 e 611/92 de disciplinar que, para efeito de concessão de aposentadoria especial, fossem considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, e o anexo do Decreto nº 53.831/64.

Vale dizer, diante de clara contradição entre a legislação - o Decreto nº 83.080 fixou o nível mínimo de ruído acima de 80 dB e o Decreto nº 53.831/64 acima de 90 dB -, considerava-se especial a atividade que sujeitasse o trabalhador à ação de mais de 80 decibéis, nos termos do Decreto nº 53.831/1964. Prevaleceu a solução mais favorável ao trabalhador, dado o fim social do direito previdenciário.

Assim, até a vinda do Decreto 2.172, de 05.03.1997 - que exigiu a exposição permanente a níveis de ruído acima de 90 decibéis - era considerada especial a exposição do trabalhador a mais de 80 dB. Depois, sabe-se, veio o Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, fixando a exposição a Níveis de Exposição Normalizados (NEN) superiores a 85 decibéis.

Então:

- Até 05.03.1997 era considerada especial a atividade que expunha o trabalhador ao nível de ruído superior a 80 decibéis. Coexistência dos Decretos nº 53.831/64, anexo I, Item 1.1.6 e Decreto nº 83.080, de 24.01.79.

- Após a publicação do Decreto nº 2.172, de 05.03.97, passou-se a exigir exposição a ruído acima de 90 decibéis. Pelo Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, nova alteração impôs oficialmente o limite de 85 decibéis.

(8ª Turma, Apelação Cível nº 1999.61.16.001655-9-SP, rel. Marianina Galante, j. 25.06.2007, DJU 25.07.2007, p. 691)

O meio de prova admitido para demonstrar a exposição do trabalhador ao agente nocivo ruído é o laudo técnico.

Necessário, contudo - diante das restritas hipóteses em que possível a aceitação de outro documento que não o laudo técnico -, tecer algumas considerações acerca do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído na legislação pátria pelo Decreto nº 3.048/99, que, em seu artigo 68, com a redação dada pelo Decreto nº 4.032/2001, assim dispôs:

Art. 68. A relação de agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.

(...)

§ 2º. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

§ 6º. A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico previdenciário, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento, sob pena da multa prevista no art. 283.

(...)

§ 8º. Considera-se perfil profissiográfico previdenciário, para os efeitos do § 6º, o documento histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos. (...)

Assim, o PPP surge como o documento a ser emitido pela empresa, segundo padrão instituído pelo INSS, em que deverão ser lançados, além de informações administrativas, os registros das atividades desempenhadas durante o período laboral nele indicado e os resultados das avaliações relativas ao ambiente de trabalho em que exercidas as funções pelo segurado, sendo obrigatório, para fins de validade, que dele conste a identificação do profissional responsável pela elaboração do laudo técnico de condições ambientais em que se baseia - médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Trata-se de um documento que, elaborado de forma individualizada relativamente ao trabalhador que desempenha seu labor com exposição a agentes nocivos - físicos, químicos ou biológicos - ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, contém elementos outros que não unicamente a análise técnica das condições ambientais em que se dá a prestação de serviços.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário difere do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT na medida em que este, nos dizeres de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, em sua obra “Manual de Direito Previdenciário”, 15ª edição, Grupo Editorial Nacional, consiste em um “documento com caráter pericial, de iniciativa da empresa, com a finalidade de *propiciar elementos ao INSS para caracterizar ou não a presença dos agentes nocivos à saúde ou à integridade física relacionados no Anexo IV do Decreto nº 3.048/99*”, devendo “ser assinado por engenheiro de segurança do trabalho ou por médico do trabalho”.

Na coexistência de dois documentos técnicos a contemplar as condições ambientais a que sujeito o trabalhador - Perfil Profissiográfico Previdenciário e/ou o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho -, acabou-se por delimitar a abrangência de cada um, segundo critérios temporais e conforme os agentes nocivos relativamente aos quais seriam exigidos.

Nesse contexto, restou estabelecido pela Instrução Normativa INSS/DC nº 84, de 17.12.2002, que:

Art. 153. Deverá ser exigida a apresentação do LTCAT para os períodos de atividade exercida sob condições especiais apenas a partir de 29 de abril de 1995, exceto no caso do agente nocivo ruído ou outro não arrolado nos decretos regulamentares, os quais exigem apresentação de laudo para todos os períodos declarados.

Parágrafo único. A exigência da apresentação do LTCAT prevista no caput será dispensada a partir de 01/07/2003, data da vigência do PPP, devendo, entretanto, permanecer na empresa a disposição da previdência social. (g.n.)

A Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010, em seu artigo 256, reproduzindo a redação do artigo 161 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 27, de 30.04.2008, estabeleceu, expressamente, o critério temporal a ser observado no tocante à exigência de documentação específica para a comprovação de tempo de serviço exercido em condições especiais, nos seguintes termos:

Art. 256. Para instrução do requerimento da aposentadoria especial, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

I - para períodos laborados até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, será exigido do segurado o formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais e a CP ou a CTPS, bem como, para o agente físico ruído, LTCAT;

II - para períodos laborados entre 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, a 13 de outubro de 1996, véspera da publicação da MP nº 1.523, de 1996, será exigido do segurado formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, bem como, para o agente físico ruído, LTCAT ou demais demonstrações ambientais;

III - para períodos laborados entre 14 de outubro de 1996, data da publicação da MP nº 1.523, de 1996, a 31 de dezembro de 2003, data estabelecida pelo INSS em conformidade com o determinado pelo § 2º do art. 68 do RPS, será exigido do segurado formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, bem como LTCAT, qualquer que seja o agente nocivo; e

IV - para períodos laborados a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido por meio da Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 5 de dezembro de 2003, em cumprimento ao § 2º do art. 68 do RPS, o único documento será o PPP.

(...)

Determinou-se, a partir de 01.01.2004, a obrigatoriedade de elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário, pela empresa, para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados que desempenhem o labor em condições insalubres, prescrevendo que referido documento deveria substituir o formulário até então exigido para a comprovação da efetiva exposição do segurado a agentes nocivos. Nesse particular, confira-se a redação do artigo 272 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010:

Art. 272. A partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido pela Instrução Normativa nº 99, de 2003, a empresa ou equiparada à empresa deverá preencher o formulário PPP, conforme Anexo XV, de forma individualizada para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados, que laborem expostos a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, ainda que não presentes os requisitos para a concessão desse benefício, seja pela eficácia dos equipamentos de proteção, coletivos ou individuais, seja

por não se caracterizar a permanência.

§ 1º. O PPP substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos para fins de requerimento da aposentadoria especial, a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme inciso IV do art. 256.

§ 2º. Quando o PPP contemplar períodos laborados até 31 de dezembro de 2003, serão dispensados os demais documentos referidos no art. 256.

(...) (g.n.)

Em conclusão, a partir de 01.01.2004, o único documento exigido para fins de comprovação da exposição do segurado a agentes nocivos, inclusive o ruído, será o PPP, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial, conforme se depreende da conjugação dos artigos 256, inciso IV, e 272, parágrafo 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06.08.2010.

Para os períodos laborados até 31.12.2003, é dispensável o laudo técnico se houver a inclusão dos interregnos no Perfil Profissiográfico Previdenciário.

Corroborando tal entendimento, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) a questão remanescente a ser enfrentada diz respeito à possibilidade de o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário - ser suficiente para fazer prova do tempo especial, não se exigindo desta forma, específico laudo técnico.

(...)

De acordo com o § 14 do art. 178 da Instrução Normativa 20 de 11/10/2007, o PPP substitui o formulário para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos para fins de requerimento da aposentadoria especial, a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme determinado pelo § 2º do art. 68 do RPS, alterado pelo Decreto 4.032/2001.

Estabelece, ainda, o § 1º do art. 161 da IN 20/2008 que, se os períodos laborados até 31/12/2003 estiverem contidos no perfil profissiográfico previdenciário, será dispensada a apresentação de outros documentos, como formulários e o laudo técnico de condições ambientais do trabalho. (...).

(AgRg no AREsp 265201; Relator: Min. Mauro Campbell Marques; DJe 06/11/2013)

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. RUÍDOS E HIDROCARBONETOS. DECRETOS Nº 83080/79, 53.831/64, 2172/97 E 3048/99. INSALUBRIDADE RECONHECIDA. AVERBAÇÃO. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE EPI'S. SÚMULA Nº 09-TNU.

omissis

6. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos atualmente é feita através do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP a teor do art. 58 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9732/98. Este documento é fornecido pela empresa ou por seu preposto e deve estar baseado em laudo técnico de condições ambientais do trabalho emitido pelos profissionais competentes, vindo este novo documento a substituir o SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 e DIRBEN 8030 e o próprio laudo pericial, a partir de 01.01.2004.

7. Há de se salientar que a apresentação do PPP, contemplando os períodos anteriores a 31.12.2003, por força da IN/INSS 27/2008, dispensa a exibição de todos os demais documentos que são exigidos para comprovação dos períodos de trabalho até a referida data em que o segurado se submeteu a condições especiais, ainda que em se tratando do agente físico ruído. Precedentes: (EDAC533811-AL, Rel. Des. Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, DJE 17.05.12 e AC547600/CE, Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado), Segunda

Turma, DJE 25/10/2012).

omissis.

(TRF da 5ª Região; AC 520981; Relator: José Maria Lucena; 1ª Turma; v.u.; DJE 22/05/2013; p. 142)

AGRAVO LEGAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADES ESPECIAIS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. OBSERVÂNCIA DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

omissis

- Para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, com exceção ao ruído, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.

- Registre-se, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.

omissis.

(TRF da 3ª Região; APELREEX 1023816; Relator: Fausto de Sanctis; 7ª Turma; v.u.; e-DJF3 Judicial 1 26/03/2013)

Oportuna, ainda, a transcrição do voto proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em que se expõe, de maneira clara, a questão atinente à possibilidade de substituição do laudo técnico pericial pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário, especificamente em relação ao agente físico ruído:

(...)

Remanesce cristalino, de todo o expendido, que a própria Administração Pública, consubstanciada na autarquia previdenciária, a partir de 2003, por intermédio de seus atos normativos internos, prevê a desnecessidade de apresentação do laudo técnico, para comprovação da exposição a quaisquer agentes agressivos, inclusive o ruído, desde que seja apresentado o PPP, por considerar que o documento sob exame é emitido com base no próprio laudo técnico, cuja realização continua sendo obrigatória, devendo este último ser apresentado tão-somente em caso de dúvidas a respeito do conteúdo do PPP. Esclareça-se que o entendimento manifestado nos aludidos atos administrativos emitidos pelo próprio INSS não extrapola a disposição legal, que visa a assegurar a indispensabilidade da feitura do laudo técnico, principalmente no caso de exposição ao agente agressivo ruído. Ao contrário, permanece a necessidade de elaboração do laudo técnico, devidamente assinado pelo profissional competente, e com todas as formalidades legais. O que foi explicitado e aclarado pelas referidas Instruções Normativas é que esse laudo não mais se faz obrigatório quando do requerimento do reconhecimento do respectivo período trabalhado como especial, desde que, quando desse requerimento, seja apresentado documento emitido com base no próprio laudo, contendo todas as informações necessárias à configuração da especialidade da atividade. Em caso de dúvidas, remanesce à autarquia a possibilidade de exigir do empregador a apresentação do laudo, que deve permanecer à disposição da fiscalização da previdência social. Parece-me evidente que o louvável intuito do administrador foi justamente desburocratizar o processo de reconhecimento da atividade especial, tornando despicienda a apresentação de dois documentos muito parecidos em seu teor, que atestam a mesma situação de fato: a sujeição do empregado aos agentes agressivos. Não é cabível, nessa linha de raciocínio, exigir-se, dentro

da via judicial, mais do que o próprio administrador, sob pretexto de uma pretensa ilegalidade da Instrução Normativa, que, conforme já dito, não extrapolou o ditame legal, apenas o aclarou e explicitou, dando a ele contornos mais precisos, e em plena consonância com o princípio da eficiência, que deve reger todos os atos da Administração Pública. Ademais, utilizando-se de uma interpretação teleológica, pode-se concluir que a finalidade da norma que prescreveu a exigibilidade do laudo técnico, quando se tratar do agente agressivo ruído, restou plenamente atendida pelas instruções normativas mencionadas, visto que o laudo continua sendo obrigatório, considerando a necessidade da aferição técnica da intensidade do ruído, restando sua não apresentação perante a autarquia, na via administrativa, e, por conseguinte, também na via judicial, omissão suprável pela apresentação de outro documento emitido com base no próprio laudo, o PPP.

(...)

(Turma Nacional de Uniformização; PEDILEF 200651630001741; Relator: Otávio Henrique Martins Port; v.u.; DJ 15/09/2009)

A discussão *supra* é relevante porque, *in casu*, para o período controvertido - 14.12.1998 a 16.02.2006 -, o autor juntou prova documental, consubstanciada no PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, do qual são extraídos, dentre outros, os seguintes dados (fl. 16):

* Descrição das atividades na General Motors do Brasil Ltda (a partir de 01.02.1996): “executar operação e manutenção preventiva e corretiva de caldeiras, compressores, máquinas de refrigeração, centrífugas e bombas dos sistemas de combustíveis, incêndio, águas e condensados. Executar partidas, paradas, manobras nos sistemas e auxiliar na execução de testes de segurança dos equipamentos. Preparar soluções químicas e captar amostras para análises laboratoriais. Relatar ocorrências”;

* Exposição a fatores de riscos (a partir de 01.02.1996): fator de risco “barulho”; “nível de barulho equivalente a 91 dB(A)”.

O laudo técnico mais recente, emitido em 13.10.1999 (fl. 22), referente ao período de atividade de 01/02/96 até o momento, indica que “o empregado é adequadamente protegido uma vez que a empresa dispõe, de acordo com a área e atividade, equiptos de proteção coletiva (EPCs), bem como *são fornecidos e de uso obrigatório pelo empregado, todos os equiptos de proteção individual (EPIs) necessários às atividades*. Para o agente barulho utiliza-se protetor auditivo de espuma moldável de inserção, fornec. 3M, C.A. 5674, NRR/RC 29dB ou protetor auditivo tipo plug de P.V.C, fornec. Duráveis, C.A. 13, NRR/RC 19dB, *diminuindo o agente agressivo a limites de tolerância* conforme NRs 07, 09, 15 e ou 06. O nível de barulho indicado já considera a atenuação da utilização de EPCs”. (grifei).

No caso em concreto, tem-se que o Perfil Profissiográfico Previdenciário, emitido em 16.02.2006, supre a ausência do laudo para o período em discussão, considerando-se a informação de exposição a fator de risco a partir de 01.02.1996 (com termo final em aberto), não vindo aos autos qualquer notícia de irregularidade formal em sua elaboração.

Sobra examinar se a utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) tem o condão de infirmar a especialidade do tempo de serviço prestado.

Antes da vigência da Lei nº 9.732/98, o uso do EPI não descaracterizava o enquadramento da atividade sujeita a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. Tampouco era obrigatória, para fins de aposentadoria especial, a menção expressa à sua utilização no laudo técnico pericial.

Contudo, em relação às atividades exercidas a partir da data da publicação da Lei nº 9.732/98, é indispensável a elaboração de laudo técnico de que conste “informação sobre a

existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo”. Na hipótese de o laudo atestar expressamente a neutralização do agente nocivo, a utilização de EPI afastará o enquadramento do labor desempenhado como especial.

Do que consta dos autos, contudo, não se extrai a indicação de *neutralização* do agente nocivo - no caso, o ruído -, mas tão somente a sua *diminuição*, tampouco se podendo afirmar que tenha havido efetiva fiscalização quanto ao uso do EPI, ressaltando-se que o nível indicado considerou a atenuação.

Desse modo, e em consonância com o posicionamento defendido na Oitava Turma, possível o reconhecimento da natureza insalubre das atividades exercidas no interregno de 14.12.1998 a 16.02.2006, já que demonstrada a exposição do autor ao agente nocivo ruído, em níveis superiores aos admitidos pelos Decretos nºs 2.172/97 e 4.882/2003, contemporâneos aos fatos.

Por fim, conquanto não se ignore o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de repercussão geral sobre a matéria (ARE 664.335/SC), inexistente óbice ao prosseguimento do feito, ausente qualquer comando para sobrestamento dos processos que versem sobre a questão debatida, exceção feita apenas aos recursos extraordinários, nos termos do artigo 543-B, § 1º, do CPC.

Posto isso, nego provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0053352-43.2008.4.03.9999
(2008.03.99.053352-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JONAS HENRIQUE DA SILVA (incapaz)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1368525
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PAIS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR. MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS.

1. O ponto controvertido nestes autos está na condição de dependente do autor em relação a sua falecida mãe.
2. Consta à margem da certidão de nascimento do autor averbação da sentença de destituição do poder familiar que a falecida Vera Aparecida Rodrigues da Silva exercia sobre o requerente, tendo sido nomeada como tutora Dorcelina Rosa de Jesus da Silva, mãe da segurada falecida e avó do autor.
3. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece como modalidade de medida pertinente aos pais ou responsáveis a destituição do poder familiar, que deverá ser “decretada judicialmente, em procedimento contraditório” (art. 24, com redação dada pela Lei nº 12.010/09).
4. A medida em questão, por si só, não caracteriza o rompimento do vínculo com a mãe biológica. A obrigação de prestar alimentos pelos pais suspensos do poder familiar continua existindo pela própria redação do art. 163, parágrafo único, do Estatuto. Deste modo, não há que se falar em cancelamento do registro de nascimento e, conseqüentemente, de rompimento dos vínculos de parentesco e obrigações ou deveres disto decorrentes.
5. Necessário observar que averbação não se confunde com cancelamento de registro, eis que averbar é fazer constar à margem de um registro as ocorrências que, por qualquer modo, o alterem. Por sua vez, o cancelamento torna sem efeito jurídico o registro anterior. Somente com a adoção ocorre o cancelamento do registro original, com a confecção de novo, estabelecendo assim novos vínculos de parentesco, agora em relação aos adotantes e adotados (47, *caput* e § 2º).
6. Ademais, a Lei 12.010/2009, ao tratar da guarda e responsabilidade de crianças e adolescentes, alterou a redação do § 4º do art. 33 do ECA, estabelecendo que o dever de prestar alimentos, assim como o direito a visitas somente se extinguem automaticamente quando a medida for aplicada em preparação para a adoção.
7. Embora o autor, nascido em 22/04/1991, tenha como tutora a sua avó paterna, desde 16/03/1994, é certo que não deixou de ser dependente de sua falecida mãe, eis que não foi rompido o vínculo biológico. Some-se que as testemunhas ouvidas nos autos sustentam que a media de destituição do poder familiar decorreu do fato de a mãe do requerente apresentar problemas de saúde, mas que a mesma sempre manteve

contato com o requerente, ajudava a avó no sustento e educação do filho, inclusive, participava das reuniões escolares, sendo que, antes do falecimento, doou ao filho o imóvel de que era proprietária.

8. Demonstrado nos autos que o autor, apesar de estar sob a tutela da avó, era também dependente em relação à sua falecida mãe, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91.

9. Apelação do INSS desprovida.

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

São Paulo, 02 de dezembro de 2014.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de apelação interposta pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* (INSS), contra sentença que julgou procedente o pedido de pensão por morte, para condenar o apelante a conceder ao autor Jonas Henrique da Silva o benefício, desde a data do requerimento administrativo (11/07/2007), incidindo sobre as parcelas em atraso correção monetária e juros de mora, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, em conformidade com a Súmula 111 do STJ. Antecipação dos efeitos da tutela.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Requer o INSS a suspensão dos efeitos da tutela. No mérito, alega o recorrente, em síntese, que a parte autora não demonstrou o cumprimento do requisito dependência econômica e requer, em consequência, a improcedência do pedido. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da citação e honorários advocatícios em 5% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença. Prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 135/139 opinando pelo desprovimento da apelação do INSS.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

De início, a controvérsia referente a antecipação de tutela já não se faz mais presente, em virtude do pagamento da prestação ter cessado em 22/04/2012, quando a parte autora completou 21 anos de idade.

Passo à análise dos requisitos para a concessão do benefício.

Na espécie, alega o autor que era filho de Vera Aparecida Rodrigues da Silva, falecida em 25/06/2007 (fls. 21).

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 26, I, e 74 da Lei 8.213/91.

É necessário, ainda, o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; condição de segurado do *de cujus*, ou, perdida esta, o preenchimento dos requisitos para a concessão de aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97).

A qualidade de segurado da *de cujus* restou comprovada, uma vez que era aposentada pelo Regime Geral de Previdência Social (NB 114.939.480-0/32), desde 17/11/1994 (fls. 22 e 38/40).

O ponto controvertido nestes autos está na condição de dependente do autor em relação a sua falecida mãe.

De fato, consta à margem da certidão de nascimento do autor averbação da sentença de destituição do poder familiar que a falecida Vera Aparecida Rodrigues da Silva exercia sobre o requerente, tendo sido nomeado como tutora Dorcelina Rosa de Jesus da Silva, mãe da segurada falecida, e avó do autor, em 16/03/1994, conforme fls. 19.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece como modalidade de medida pertinente aos pais ou responsáveis a destituição do poder familiar, que deverá ser “decretada judicialmente, em procedimento contraditório” (art. 24, com redação dada pela Lei nº 12.010/09).

Todavia, a medida em questão, por si só, não caracteriza o rompimento dos vínculos parentais. A obrigação de prestar alimentos pelos pais suspensos do poder familiar continua existindo pela própria redação do art. 163, parágrafo único, do Estatuto: “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente”. Deste modo, não há que se falar em cancelamento do registro de nascimento e, conseqüentemente, de rompimento dos vínculos de parentesco e obrigações ou deveres disto decorrentes.

Necessário observar também que averbação não se confunde com cancelamento de registro, eis que averbar é fazer constar à margem de um registro as ocorrências que, por qualquer modo, o alterem. Por sua vez, o cancelamento torna sem efeito jurídico o registro anterior. Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a adoção, ocorre o cancelamento do registro original, com a confecção de novo, estabelecendo assim novos vínculos de parentesco, agora em relação aos adotantes e adotados (art. 47, *caput* e § 2º).

Dessa forma, somente é possível falar em rompimento dos vínculos parentais quando a criança ou adolescente é colocada em nova família por meio do instituto da adoção, que por disposição expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente, extinguindo, por seu turno, os vínculos relativos ao parentesco.

Por isso, conforme se observa do art. 41 do Estatuto, “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”, e do art. 49, “a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais”, por óbvio, em razão do rompimento de tais vínculos.

Logo, no caso dos autos, não ocorreu a colocação do autor em nova família, sendo assim,

continuaram existindo os vínculos familiares com os pais biológicos e demais parentes. A falecida somente foi afastada do poder familiar, mas continuou ainda como mãe do requerente para todos os demais efeitos.

Ademais, a Lei 12.010/2009, ao tratar da guarda e responsabilidade de crianças e adolescentes, acrescentou nova redação e disciplina ao § 4º do art. 33 do ECA, estabelecendo que o dever de prestar alimentos, assim como o direito a visitas somente se extinguem automaticamente quando a medida for aplicada em preparação para a adoção.

Dessa forma, embora o autor, nascido em 22/04/1991, tenha como tutora a sua avó paterna, desde 16/03/1994, é certo que não deixou de ser dependente de sua falecida mãe, eis que não foi rompido o vínculo biológico. Some-se que as testemunhas ouvidas nos autos sustentam que a media de destituição do poder familiar decorreu do fato de a mãe do requerente apresentar problemas de saúde, mas que a mesma sempre manteve contato com o requerente, até ajudava a avó no sustento e educação do filho, e inclusive participava das reuniões escolares. A prova dos autos também demonstra que, antes do falecimento, a mãe do autor doou a ele o imóvel de que era proprietária (fls. 84/85).

Sendo assim, demonstrada nos autos a dependência do autor em relação à sua falecida mãe, nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91.

Mantida a condenação ao pagamento da verba honorária, conforme fixada na sentença recorrida, uma vez que de conformidade com a orientação firmada por esta Décima Turma.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO APELAÇÃO DO INSS.**

Desembargadora Federal **LUCIA URSAIA** - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0001457-94.2009.4.03.6123

(2009.61.23.001457-8)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessado: SIDNEI DE ASSIS FERREIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Classe do Processo: AC 1546950

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2014

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA TURMA. ARTIGO 16, I, *b*, DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRF. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA.

- São de competência das Turmas julgadoras os embargos declaratórios opostos contra seus acórdãos.

- Os incisos I e II, do artigo 535 do Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. Destarte, impõe-se o acolhimento do recurso em face da omissão verificada.

- A investigação social revela que a parte autora residiria com sua mãe - de idade avançada, viúva - além de um irmão maior de idade, solteiro; a moradia foi classificada como própria, com 04 cômodos, de traços simples, guarneçada com alguns móveis e eletrodomésticos; a renda familiar seria proveniente, unicamente, do benefício concedido à genitora, vale dizer, pensão por morte no valor de 01 salário mínimo; e as despesas mensais relatadas seriam com alimentação, água, luz, gás, e empréstimo consignado.

- Assim, há elementos o bastante para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Não há recursos obtidos para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são (à autora) imprescindíveis.

- Com relação aos demais dados constantes do laudo social - de outro grupo familiar - observa-se que fazem referência à família do irmão-curador do autor, sendo certo que se trata de núcleo distinto, não sendo possível o aproveitamento da renda de seus membros para o cômputo da renda familiar, propriamente, da parte autora.

- Atribuído o efeito modificativo aos aclaratórios, dando-se parcial provimento ao recurso de apelação do INSS, para reformar a r. sentença de Primeiro Grau apenas quanto aos juros de mora e correção monetária.

- Embargos de declaração acolhidos.

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 aos embargos de declaração para, imprimindo-lhes caráter infringente, reformar a decisão de fls. 154/157, dando parcial provimento à apelação do INSS, apenas no tocante aos critérios de incidência de juros de mora e correção monetária*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de novembro de 2014.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Tratam-se de embargos de declaração (fls. 328/331) opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão desta Oitava Turma (fls. 222/226) que, por voto unânime, *negou provimento ao (embargos de declaração recebidos como) agravo legal* ofertado pela parte autora em face de decisão monocrática (fls. 154/157) que, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *dera provimento ao apelo do INSS*, reformando a r. sentença (fls. 102/105) que julgara *procedente* pedido de restabelecimento/concessão de “benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência”, ainda, *revogando a tutela* concedida.

Sustenta o órgão Ministerial a existência de *omissão* no julgado, no tocante ao núcleo familiar da parte autora, que restara esclarecido como sendo composto, *apenas*, pelos genitora e irmão do autor.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

São de competência das Turmas julgadoras os embargos declaratórios opostos contra seus acórdãos, à luz do artigo 16, I, *b*, do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Quanto aos embargos declaratórios opostos, os incisos I e II, do artigo 535, do Código de Processo Civil, dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão; em face da ausência de quaisquer das circunstâncias supramencionadas, seria de se impor a rejeição do recurso.

Tenho para mim que assiste razão ao *Parquet*.

Aduz a parte embargante que o acórdão é *omisso* quanto à análise da condição socioeconômica da parte autora, *máxime* em razão de que, no agravo legal interposto pelo demandante, constavam esclarecimentos acerca da composição de seu grupo familiar que, diferentemente do que constara na decisão monocrática proferida em 17/02/2011 pelo então Relator, Excelentíssimo Desembargador Federal Newton de Lucca, seria integrada tão somente por sua mãe e seu irmão; transcrevo, pois, o teor do acórdão:

Quanto aos embargos declaratórios opostos pela parte autora, os incisos I e II, do artigo 535 do Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão.

Destarte, em face da ausência de quaisquer das circunstâncias supramencionadas, seria de se impor a rejeição do presente recurso.

Entretanto, *ao reconhecer o manifesto caráter infringente dos embargos de declaração (real intenção de reverter o julgado), com fulcro no Princípio da Fungibilidade, recebo os declaratórios como agravo legal*, uma vez que a pretensão da embargante não se enquadra na finalidade do recurso por ela manejado, qual seja, de sanar omissão, contradição ou obscuridade que eventualmente existam na decisão recorrida.

Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

I - Tendo em vista o caráter infringente dos presentes embargos de declaração e os princípios da fungibilidade e instrumentalidade das formas, recebo os embargos como se agravo regimental fossem.

(...).

V - Agravo regimental improvido, com imposição de multa.” (EDcl no AREsp 86079/SP, 2011/0205782-4, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, v.u., DJe 30.03.12)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CARÁTER INFRINGENTE - RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL - FUNGIBILIDADE RECURSAL - POSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AO INSTITUTO DA COISA JULGADA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - ÓBICE DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DESTA CORTE - AGRAVO IMPROVIDO.” (EDcl no REsp 1207303/RS, 2010/0151833-3, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, v.u., DJe 15.03.12)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EFEITOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO TRATADA EXPRESSAMENTE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PROCURAÇÃO. AUTENTICAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1 - Improperável a alegação do recorrente de ausência de prequestionamento e dialeticidade, eis que a matéria relativa à multa do art. 475-J foi devidamente tratada pelo tribunal de origem no acórdão recorrido e suficientemente impugnada pelas razões do recurso especial.

2. (...).

3 - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento”. (EDcl no AREsp 7365/MS, 2011/0092711-0, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v.u., DJe 27.03.12)

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL, COM PEDIDO DE EFEITOS INFRINGENTES. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA. REVISÃO. CONCESSÃO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91. RETROAÇÃO. PARA NOVO CÁLCULO DA RENDA MENSAL - RMI. POSSIBILIDADE. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 05/10/88 E 05/04/91. ‘BURACO NEGRO’. RECÁLCULO E REAJUSTE COM APLICAÇÃO DO ART. 144 DA LEI Nº 8.213/91.

1 - Evidenciando o manifesto caráter infringente dos embargos, são eles recebidos como agravo regimental, com fulcro no Princípio da Fungibilidade, uma vez que a pretensão da embargante não se coaduna com a finalidade dos declaratórios de sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, existam na decisão recorrida.

2. (...).

3 - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento.” (EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1217199/PR, 2010/0191646-9, 5ª Turma, Rel. Des. Conv. TJ/RJ Adilson Vieira Macabu, v.u., DJe 27.04.12)

Razão não lhe assiste, cabendo consignar que o caso dos autos não é de retratação.

Aduz a parte autora, em síntese, que a r. decisão é contraditória, uma vez que não analisada sob as provas produzidas nos autos, notadamente o estudo social.

Abaixo, trechos do referido decisum agravado:

“Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando o restabelecimento do benefício previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, sob o fundamento de ser pessoa portadora de deficiência e não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento do benefício requerido a partir da cessação administrativa, corrigido monetariamente ‘de acordo com o manual de cálculos desta Justiça Federal’ (fls. 103) e acrescido de juros de 1% ao mês a contar da citação. A verba honorária foi arbitrada em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ. Por fim, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela.

Inconformado, apelou o Instituto, alegando, preliminarmente, a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, insurgindo-se contra a antecipação dos efeitos da tutela. No mérito, requer a reforma integral da R. sentença. Caso não seja esse o entendimento, requer a incidência da correção monetária e dos juros moratórios nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Com contra-razões, subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 139/143.

É o breve relatório.

Dispõe o art. 203, inc. V, da Constituição Federal, *in verbis*:

(...)

Para regulamentar o dispositivo constitucional retro transcrito, foi editada a Lei nº 8.742 de 7/12/1993 que, em seu art. 20, dispôs:

(...)

Cumprе ressaltar, ainda, que em 08/12/95 sobreveio o Decreto nº 1.744 regulamentando a Lei da Assistência Social supra mencionada.

Da leitura dos dispositivos legais, depreende-se que o benefício previsto no art. 203, inc. V, da CF é devido à pessoa portadora de deficiência ou considerada idosa e, em ambas as hipóteses, que não possua meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Com relação ao requisito etário, observo que a idade de 70 (setenta) anos prevista no *caput* do art. 20, da Lei nº 8.742/93, foi reduzida para 67 (sessenta e sete), conforme a Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 (sessenta e cinco), nos termos do art. 34 da Lei nº 10.741/2003.

In casu, a deficiência da parte autora ficou plenamente demonstrada mediante perícia médica realizada pelo INSS na revisão do benefício na esfera administrativa (fls. 59). Constatou o perito que o autor é portador de oligofrenia, estando total e definitivamente incapacitado para o trabalho.

No que concerne à incapacidade para a vida independente, conforme disposto no § 2º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, não me parece ter sido o intuito do legislador conceituar pessoa portadora de deficiência como aquela que necessita da assistência permanente de outra para a realização das atividades básicas do ser humano. Nem seria razoável que o fizesse. Há de se entender como pessoa portadora de deficiência, sim, aquela que não dispõe de recursos para promover, por seus próprios meios, condições para sobreviver com um mínimo de dignidade. Relativamente ao segundo requisito, qual seja, a comprovação de a parte autora não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, o Plenário do C.

Supremo Tribunal Federal, em sessão de 27/8/1998, julgou improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, considerando constitucional o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, *in verbis*:

(...)

No entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser objetivamente considerada para a comprovação da insuficiência de meios para prover a subsistência do necessitado não impedindo, todavia, que o magistrado utilize, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da parte autora.

Nesse sentido, transcrevo o julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.112.557-MG (2009/0040999-9), bem como os seguintes precedentes pretorianos, de caráter verdadeiramente histórico para a jurisprudência pátria:

(...)

Outrossim, o E. Ministro da nossa mais alta Corte de Justiça, Ricardo Lewandowsky, ao apreciar a Reclamação nº 4.729/MS, assim se pronunciou: (...)

Esse foi o superior entendimento que, afastando-se sabiamente do critério puramente objetivo constante da norma, foi sufragado no voto condutor, o qual venho adotando, igualmente, no âmbito da Turma.

No entanto, no presente caso, não ficou comprovado que a parte autora não possui condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Observo que o estudo social acostado aos autos demonstra que o *autor reside com seu irmão, de 47 anos, sua cunhada, de 47 anos e seus sobrinhos, de 19, 15 e 12 anos, em casa própria, construída em alvenaria, composta por 2 quartos, sala, cozinha e banheiro e guarnecida de geladeira, TV, máquina de lavar, DVD, microondas, guarda-roupa, 3 camas e sofá de 3 e 2 lugares, estes em péssimo estado. A renda familiar mensal totaliza R\$ 1.471,00, sendo que R\$ 926,00 são provenientes do salário de seu irmão como pedreiro e R\$ 545,00 oriundos do salário de sua sobrinha como repositora. Os gastos mensais são de R\$ 450,00 de alimentação, R\$ 43,08 de água, R\$ 51,24 de energia elétrica, R\$ 24,90 de telefone, R\$ 38,00 de gás, R\$ 490,00 de material de construção, R\$ 493,93 de prestação do carro e R\$ 124,72 de IPTU. A família possui um carro ano 2002, cor grafite e placa DEX 6619. O estudo social foi elaborado em 12/2/10, data em que o salário mínimo era de R\$ 510,00.*

Dessa forma, não ficou comprovada a alegada miserabilidade da parte autora.

O beneficiário da assistência judiciária gratuita não deve ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, conforme a jurisprudência da Terceira Seção desta E. Corte. Por fim, observo que o valor da condenação não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório, nos termos do § 2º, do art. 475, do CPC.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, dou provimento à apelação da autarquia para julgar improcedente o pedido, revogando-se a antecipação dos efeitos da tutela. Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2011.”

Finalmente, eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso em mesa para julgamento colegiado. Desta forma, não merecem acolhida a pretensão da parte autora.

Isso posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

Senão vejamos.

A parte autora ajuizou a presente demanda em 31/07/2009, objetivando o restabelecimento/concessão de benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Carta Magna (portador de deficiência), outrora lhe deferido sob NB 87/111.408.977-7, segundo a parte autora, indevidamente cessado (fls. 27/28).

Foram acostados documentos (fls. 13/22 e 48/80).

Justiça gratuita concedida (fl. 29).

Laudo socioeconômico (fls. 85/89).

CNIS/Plenus (fls. 41/44, 121/126, 144/146).

A r. sentença prolatada em 30/04/2010 julgou *procedente* o pedido, condenando o INSS a restabelecer a benesse, desde a data da suspensão, em 01/08/2008, incidindo, sobre os atrasados, correção monetária e juros de mora; honorários advocatícios de 10% sobre o montante apurado, observada a Súmula 111 do C. STJ. Tutela antecipada concedida. Remessa oficial não-determinada.

Apelação ofertada pelo INSS (fls. 112/120), requerendo, inicialmente, a concessão de efeito suspensivo; pela reforma integral da sentença ou, noutra via, pela fixação de critérios de atualização do débito nos moldes da lei nº 9.494/97, com alterações dadas pela Lei nº 11.960/09.

Contrarrazões recursais em fls. 129/135.

Ascenderam os autos a esta Corte, sobrevindo parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 139/143).

Após o julgamento monocrático (fls. 154/157), a parte autora protocolizou embargos de declaração - recebidos como agravo legal (fls. 159/162) - cujo provimento foi negado, por unanimidade (fls. 222/226).

Pois bem.

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda "per capita" seja inferior a ¼ do salário mínimo.

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de

1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/2003.

De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo *previdenciário* com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destaque o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

Art. 4º. Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.

- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.

- Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova incontestada de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda *per capita* de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

Na hipótese *sub judice*.

Conquanto não se tenha observado a realização de perícia médica, vale relembrar que a incapacidade da parte autora não foi objeto de controvérsia nos presentes autos, e até pelo fato de que a própria autarquia previdenciária reconheceu a inaptidão do demandante, junto à seara administrativa.

Já a investigação social revela que a parte autora residiria com sua mãe - de idade avançada, viúva - além de um irmão maior de idade, solteiro.

A moradia foi classificada como própria, com 04 cômodos, de traços simples, guarneçada com alguns móveis e eletrodomésticos.

A renda familiar seria proveniente, unicamente, do benefício concedido à genitora, vale dizer, pensão por morte no valor de 01 salário mínimo.

E as despesas mensais relatadas seriam com alimentação, água, luz, gás, e empréstimo consignado.

Assim, há elementos o bastante para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Não há recursos obtidos para cobrir os gastos ordinários, bem como tratamentos médicos e cuidados especiais que lhe são (à autora) imprescindíveis.

Com relação aos demais dados constantes do laudo social - de outro grupo familiar - observa-se que fazem referência à família do irmão-curador do autor, sendo certo que se trata de núcleo distinto, não sendo possível o aproveitamento da renda de seus membros para o cômputo da renda familiar, propriamente, da parte autora.

E nessas condições, não é possível à parte autora ter vida digna ou, consoante assevera a Constituição Federal, permitir-lhe a necessária dignidade da pessoa humana ou o respeito à cidadania, que são, às expensas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

Portanto, positivados os requisitos legais, é de se concluir que a parte autora tem direito ao restabelecimento do amparo assistencial, devendo ser mantida a sentença de Primeiro Grau, neste ponto.

E não se olvide a exigência contida no art. 21 da Lei nº 8.742/93, que impõe a *revisão, a cada dois anos*, das condições ensejadoras da concessão do Amparo, o que permitirá, caso adquirida/readquirida a capacidade laboral e/ou a autossuficiência econômica, a cassação do benefício.

Com relação aos *correção monetária e juros de mora*, determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça

Federal, de acordo com a Resolução nº 267/2013, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

Isso posto, com fundamento no art. 557, *caput* e/ou § 1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para, imprimindo-lhes caráter infringente, reformar a decisão de fls. 154/157, DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO INSS, apenas no tocante aos critérios de incidência de juros de mora e correção monetária, mantendo a procedência do pedido de restabelecimento do benefício assistencial, devido desde a cessação administrativa, tudo conforme acima explicitado.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora SIDNEI DE ASSIS FERREIRA, representada nestes autos por VALDIR APARECIDO ASSIS FERREIRA (curador), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja reimplantado o benefício de “Amparo social à pessoa portadora de deficiência”, sob NB 87/111.408.977-7, nos moldes supra expostos. As prestações adimplidas por força da tutela antecipada serão compensadas em liquidação de sentença.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

0010842-44.2010.4.03.9999

(2010.03.99.010842-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargados: JESUS CARLOS PEREIRA E JOANA JAQUELINE DE ALMEIDA (incapaz)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE COSTA RICA - MS

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: EI 1498256

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. DECRETO-LEGISLATIVO Nº 186/2008. CONCEITO DE DEFICIÊNCIA. OBSTRUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL DO INDIVÍDUO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO.

I - A Convenção de Nova Iorque, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de “pessoa com deficiência”, definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

II - O conceito de “deficiência” atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

III - No caso dos autos, o laudo médico acostados aos autos, realizado em 13.11.2008, atestou que a autora era portadora de cifose, lordose, escoliose, diabetes e hipertensão, que a tornavam incapacitada de forma total e permanente para o trabalho.

IV - Com fundamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que se incorporou no ordenamento jurídico com status constitucional, é de se reconhecer a deficiência da autora, tendo em vista que possui impedimentos de longo prazo de natureza física. Notadamente, tal condição obstruirá sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

V - Por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4374-PE, julgado em 18.04.2013, prevaleceu o entendimento de que “ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de ‘inconstitucionalização.’” Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles

constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar.

VI - O art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 não é o único critério para aferição da hipossuficiência econômica, razão pela qual é de se reconhecer que muitas vezes o quadro de pobreza há de ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa e adoentada é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Difícil, portanto, enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

VII - Cabe destacar que é firme a jurisprudência no sentido de que o parágrafo 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93 estabelece situação objetiva pela qual se presume pobreza de forma absoluta, mas não impede o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do segurado e de sua família.

VIII - O estudo social realizado em 19.08.2008 constatou que o núcleo familiar da autora era formado por ela e sua filha menor, sendo que, naquele momento, estava separada de seu companheiro. Assinalou que a casa em que ambas residiam é própria, padrão simples. A renda familiar totalizava R\$ 120,00 (cento e vinte reais), decorrente de um programa social governamental e de eventuais serviços prestados pela autora, como cabo eleitoral, com vencimentos de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais.

IX - Não obstante o retorno de seu companheiro ao lar, consoante depoimento pessoal, e a existência de vínculos empregatícios em seu nome, desde fevereiro de 2010, com renda equivalente a um salário mínimo, segundo extrato do CNIS, a situação fática ora examinada permite concluir pela absoluta insuficiência de recursos, tendo em vista a gravidade das doenças de que era portadora a autora, que acabaram culminando com sua morte.

X - Resta comprovado que a autora era portadora de deficiência e que não possui meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus a concessão do benefício assistencial.

XI - Embargos infringentes do INSS desprovidos.

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, negar provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Embargos infringentes (fls. 191/199) interpostos contra julgado, abaixo resumido (fl. 180), que conservou decisão monocrática na qual provida apelação interposta pela parte autora contra sentença de mérito que reconheceu a improcedência de pedido de concessão de benefício assistencial de prestação continuada:

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.

1- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

2- O artigo 557, do Código de Processo Civil, consagra a possibilidade do recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

3- Na decisão agravada ficou consignado que a constitucionalidade do parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, proferida na ADIN 1232-1/DF, não impede o julgador de levar em conta outros dados a fim de identificar a condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente.

4- Agravo desprovido. Decisão mantida.

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

São Paulo, 13 de setembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

Requer, o INSS, a prevalência do voto proferido pela Desembargadora Federal Marisa Santos, sob o argumento de que “a autora não comprovou o requisito da hipossuficiência econômica, pois a prova documental acostada aos autos, e o seu depoimento pessoal em Juízo, dão conta da existência de renda mensal familiar ‘per capita’ superior a ¼ do salário mínimo”.

Recurso não respondido (certidão de fl. 201, verso), admitido (fl. 206) e redistribuído a minha relatoria (fl. 208).

Parecer da Procuradoria Regional da República “pelo conhecimento e rejeição dos Embargos Infringentes” (fl. 205).

Constatada, em razão do óbito da autora, a cessação do pagamento do amparo assistencial, implantado via tutela específica concedida no bojo do pronunciamento monocrático da Relatora no âmbito da Turma julgadora, e requerida a habilitação dos herdeiros, sobreveio decisão de seguinte teor (290):

Vistos.

Nos termos da manifestação da Procuradoria Regional da República, o fato de se tratar, o amparo assistencial objeto da lide, de benefício personalíssimo, “não permite extrair a conclusão de que os sucessores não poderiam perceber, nessa qualidade, as prestações eventualmente devidas ao titular do direito, mas a ele não entregues em vida” (fl. 287).

Apresentando-se viável, portanto, a recomposição do pólo ativo da presente demanda, já com o processamento todo concluído e julgamento de recurso de apelação favorável à falecida autora, faltando apenas a solução destes embargos infringentes, lobrigando-se a possibilidade de recebimento pelos herdeiros dos valores eventualmente devidos referentes às prestações vencidas até a data do óbito, acaso conservada no âmbito desta Seção especializada a procedência da pretensão inicial, *admito a habilitação*, em razão da morte de Neiva de Almeida Souza ocorrida em 23.5.2010 (certidão à fl. 235), *dos filhos Jesus Carlos Pereira* (fls. 261/264) - conforme oposição formulada pelo INSS, porquanto casada em separação de bens, Daiane Pinheiro de Souza Pereira não pode ser considerada sucessora’ (fl. 284) - e *Joana Jaqueline de Almeida* (fls. 298/299), menor púbere tutelada pela avó Ercidia Alves de Almeida (fls.

268/274), estendendo-lhes os benefícios da assistência judiciária gratuita deferida nos autos. Ao setor competente para *retificação da autuação*.

Intimem-se as partes.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 07 de agosto de 2013.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Do voto condutor da à época Juíza Federal Convocada Monica Nobre, extrai-se (fls. 178/179):

Conheço do recurso, porém nego provimento ao agravo.

Por primeiro, destaco que ficou consignado que a constitucionalidade do parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, proferida na ADIN 1232-1/DF, não impede o julgador de levar em conta outros dados a fim de identificar a condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente. Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

“(…)

Em conclusão, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros, como se conclui da legislação acima citada.

No caso dos autos, a autora, que contava com 43 (quarenta e três) anos de idade na data do ajuizamento da ação (21/06/2007), requereu o benefício assistencial por ser deficiente. No laudo médico (fls. 96/99), constatou o perito judicial que a requerente é portadora de males que a incapacitam de forma total e permanente para o trabalho.

Anoto que o exercício de atividade laboral informal de cabo eleitoral, por curto período, não afasta a conclusão da perícia médica, pois a requerente, obrigada a aguardar por grande lapso a implantação do benefício assistencial, precisou manter-se durante esse período, vale dizer, viu-se compelida a retornar ao trabalho, por estado de necessidade, mesmo sem ter sua saúde restabelecida.

Esta Corte de Justiça já se posicionou nesse sentido, conforme entendimento esposado nos seguintes julgados: Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2004.03.99.036046-8, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, julg. 14/04/2008; Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.080499-6, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, julg. 30/05/2006; Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 268552, Primeira Seção, Rel. Juíza Conv. Marisa Santos, julg. 03/05/2000; Remessa Ex-Ofício Processo: 96030044024, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, julg. 16/12/1997.

De outra feita, consta no estudo social (fls. 91/93), que a autora residia com sua filha, menor impúbere.

A renda familiar era constituída do trabalho esporádico da autora, como cabo eleitoral, e da quantia recebida do programa Bolsa-Família.

Em consulta às informações do CNIS/DATAPREV, constatou-se a inexistência de vínculos empregatícios atuais em nome da requerente.

Cumpra ressaltar que, para o cômputo da renda familiar, devem ser considerados apenas os rendimentos estáveis, porquanto se provenientes de fontes volúveis, sujeitos a bruscas

variações, não se pode inferir com certeza se tal grupo continuaria a percebê-los ou se o seu montante seria reduzido. Vale ressaltar, ainda, que os gastos pertinentes a remédios e à manutenção de uma família são permanentes, mormente se houver pessoa deficiente. Os depoimentos colhidos em audiência (fls. 123/125) informam que o companheiro Jovelino voltou a integrar o núcleo familiar posteriormente.

Em consulta às informações do CNIS/DATAPREV, verifica-se que, durante o curso da ação, o amásio manteve dois vínculos empregatícios de curta duração (nos períodos de 12/01/2009 a 02/03/2009 e de 16/03/2009 a 09/06/2009), o que, por si só, assinala a precariedade dos referidos contratos de trabalho.

O sistema CNIS ainda demonstrou que Jovelino firmou novo pacto laboral em fevereiro de 2010, ganhando a quantia fixa de um salário mínimo por mês.

Além disso, a família reside em casa de padrão simples, composta por quatro cômodos, guarnecidos com mobiliário que se restringe ao básico.

Assim, do conjunto probatório, verifica-se que a autora é deficiente e não possui meios de prover a própria subsistência nem pode tê-la provida por sua família, pois, não obstante a percepção de renda por seu companheiro, é inegável que tal rendimento não é suficiente para o atendimento das necessidades.

Em decorrência, concluo pelo preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de prestação continuada, previsto no artigo 20, da Lei nº 8.742/93, regulamentado pelo Decreto nº 1.744/95, impondo-se a reforma da r. sentença.

(...)

A decisão ora agravada foi fundamentada, bem como proferida com observância do princípio do livre convencimento do Juiz, não padecendo de qualquer vício formal que justifique sua reforma.

Ademais, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinente ao tema: AgRgMS 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19.06.01, RTRF 49/112; AgRgEDAC 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29.07.04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557, do Código de Processo Civil, consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator, que 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” (*caput*), ou, ainda, dará 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” (§ 1º-A).

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo que não houve qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante o exposto, nego provimento ao agravo.

O pronunciamento minoritário, a seu turno, da lavra da Desembargadora Federal Marisa Santos, veio consubstanciado nos seguintes termos (fl. 186):

O benefício da assistência social, de caráter não contributivo, tem como alguns de seus princípios norteadores a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o enfrentamento da pobreza no nosso País, que constituem os objetivos fundamentais consagrados nos incisos I e III do art. 3º da CF, garantindo-se os mínimos sociais àqueles que efetivamente necessitam. Para a sua concessão necessário o preenchimento dos requisitos: ser o requerente pessoa portadora de deficiência ou idoso e, em ambos os casos, sem condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, à luz do que dispõem o art. 203, V da C.F. e

o art. 20 da Lei nº 8.742/93, que regulamentou a Assistência Social.

O estudo social (fls. 91/93), de 19-08-2008, dá conta de que a autora residia com a filha, Jaqueline de Almeida, de 12 anos.

Por sua vez, em audiência realizada em julho de 2009, as testemunhas relatam que a autora reside com a filha e o companheiro, Jovelino Rodrigues de Almeida. A renda da família advém do trabalho do companheiro, na condição de diarista, recebendo o valor de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) mensais.

Em consulta ao CNIS, verifica-se que o companheiro da autora tem vários vínculos de trabalho e, desde fevereiro de 2010, com SANVA COMERCIO DE PEÇAS E FERRAGENS LTDA, recebendo um salário mínimo ao mês.

Dessa forma, a renda familiar per capita correspondia a 33% do salário mínimo e, portanto, superior àquela determinada pelo § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93.

Dessa forma, não preenche a autora todos os requisitos necessários ao deferimento do benefício.

É de se observar, ainda, que o benefício assistencial não tem por fim a complementação da renda familiar ou proporcionar maior conforto ao beneficiário, mas sim, que se destina ao idoso ou deficiente em estado de penúria, que comprove os requisitos legais, sob pena de ser concedido indiscriminadamente em prejuízo daqueles que realmente necessitam, na forma da lei.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao agravo do INSS para reformar a decisão atacada e, em novo julgamento, nego provimento à apelação da autora, cassando expressamente a tutela concedida.

O benefício perseguido tem caráter assistencial, devendo ser prestado pelo Estado a quem dele necessitar, independentemente de contribuição.

Antes da Constituição da República de 1988, a proteção social era restrita àqueles que estiveram, em algum instante, vinculados ao sistema previdenciário, o qual tem caráter contributivo.

Com o advento da Carta Constitucional atual, expressamente restou autorizada, no artigo 203, inciso V, a implementação do amparo social às pessoas idosas ou com deficiência que comprovem não possuir condições econômicas e financeiras para prover sua manutenção nem de tê-la provida por algum membro de sua família.

Assim, o benefício assistencial hoje vigente destina-se a amparar os hipossuficientes, dispensando qualquer espécie de contribuição.

O aludido dispositivo constitucional condicionou o regramento desse benefício à elaboração de lei, dando ensejo à conclusão de se tratar de norma de eficácia limitada.

Após a publicação da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei nº 8.213/91, que, em seu artigo 139, manteve a renda mensal vitalícia como benefício previdenciário, enquanto não regulado o artigo 203, inciso V, do Estatuto Supremo.

A fim de regulamentar a referida norma constitucional, surgiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.742/93, que disciplinou os requisitos necessários à implementação do benefício em questão. O artigo 20, em sua redação original, estabelecia a idade mínima para aferição do benefício, em se tratando de pessoa idosa, e assentava, para os efeitos dessa lei, os conceitos de família, de pessoa portadora de deficiência e de miserabilidade, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º - Para os efeitos do disposto no “caput”, entende-se como família o conjunto de pessoas elencados no art. 16 da Lei. 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto (par. com redação dada pela Lei nº 9.720, de 30/11/1998).

§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal “per capita” seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. (...)

A Lei nº 9.720, de 30.11.98, alterou a redação do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, no que pertine à idade mínima para auferir o benefício, reduzindo-a para 67 (sessenta e sete) anos, a partir de 1º de janeiro de 1998.

Com o advento da Lei nº 10.741, de 01.10.2003 (Estatuto do Idoso), houve nova redução no requisito etário, para 65 (sessenta e cinco) anos, a partir de 1º de janeiro de 2004.

A Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, por sua vez, alterou diversos dispositivos da Lei Orgânica da Assistência Social, passando a apresentar, o artigo 20 dessa lei, a seguinte redação:

Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

(...)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Como se vê, no tocante à definição de família, privilegiou-se entendimento mais extensivo acerca do grupo familiar, desvinculando-se da classificação restrita do artigo 16 da Lei de Benefícios.

Quanto ao conceito de pessoa com deficiência, o legislador inspirou-se na definição contida no artigo 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Assinados em Nova York na data de 30 de março de 2007, foram aprovados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e posteriormente promulgados pelo Presidente da República (Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009).

O critério objetivo para aferição da miserabilidade não foi alterado pela Lei nº 12.435/2011, restando mantida a exigência de que a renda familiar *per capita* deve ser inferior a ¼ do salário mínimo para efeito de concessão do benefício.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.232/DF, reconheceu a constitucionalidade desse parâmetro, previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

É de se notar, contudo, que em observância ao princípio do livre convencimento motivado, a jurisprudência pátria tem entendido que a condição de miserabilidade pode ser aferida por outros meios de prova. Nesse sentido, o julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.112.557/MG:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1.112.557/MG, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, v.u., j. 28/10/2009, DJE 20/11/2009)

Cabe ao magistrado avaliar, em cada caso concreto, as condições apresentadas pelo pleiteante, seja no que diz respeito à renda familiar, seja no tocante ao conjunto de pessoas que lhe dão suporte. Decerto que não só a existência de miserabilidade, mas também a ausência dessa situação pode ser aferida por meio da análise do conjunto probatório. Do contrário, teríamos decisões desarrazoadas, apartadas da realidade, distantes dos objetivos almejados pelo legislador.

Conectado a essa realidade dos Tribunais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 18 de abril de 2013 - ocasião em que apreciados conjuntamente também a Reclamação 4.374/

PE e o Recurso Extraordinário 580.963PR, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes -, ao concluir o julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que reconhecida a existência de repercussão geral da questão versada na hipótese, acabou por declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, revisitando a matéria nos termos seguintes, assim redigidos ementa e extrato de ata:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836 /2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), desprovendo o recurso, e o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, negando-lhe provimento e declarando a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade, dando pela sua validade até dezembro de 2014, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Senhor Ministro Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo recorrente, a Dra. Luysien Coelho Marques Silveira, Procuradora Federal; pela Advocacia-Geral

da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pela interessada Defensoria Pública-Geral da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova; e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 06.06.2012.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que negava provimento ao recurso; os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso e declaravam a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014; o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao recurso e declarando a inconstitucionalidade, mas sem fixação de prazo, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2013. Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quorum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Relator absteve-se de votar quanto à modulação. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 18.04.2013.

Mantido em vigor o comando previsto no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 no que diz respeito ao critério lá estabelecido para verificação da condição ensejadora da concessão do benefício assistencial, e no pressuposto de que não é a previsão contida no dispositivo em tela que por si só padece de inconstitucionalidade, mas sim naquilo que não disciplinou, ao se fiar em critério objetivo e único a tanto, assentou, a Suprema Corte, a possibilidade, justamente a partir da incompletude da norma, de aplicação de outros parâmetros para aferição da miserabilidade, até que se tenha solução para a omissão legislativa quanto ao efetivo cumprimento do artigo 203, inciso V, da Constituição.

Cumprir, nesse ínterim, a menção ao patamar de ½ (meio) salário mínimo como possível critério de aplicação prática, até que sobrevenha novo comando legislativo, e ante a constatação da insuficiência do parâmetro anterior, de ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, extrai-se:

(...) os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de ¼ do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.

De todo modo, o Supremo não determinou a incidência taxativa deste ou daquele critério e sim, consoante se observa de excertos dos debates lá travados, chancelou, por ora, a atuação

das instâncias ordinárias, que já aplicam nos julgamentos, remarque-se, a depender da particularidade em que se encontra cada situação trazida a exame, os parâmetros que reputam razoáveis à luz do caso concreto.

Confira-se, a propósito:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estamos dizendo, apenas, que o juiz, no caso concreto, vai aferir as situações individuais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos dizendo que se declara a constitucionalidade, deixa a lei em vigor, devolvemos ao legislador a possibilidade de reconstituir o sistema.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Por isso, se me permite, apenas complementar o meu voto: peço vênia ao Ministro Fux para não estabelecer qualquer critério, porque, com todo o respeito, entendendo que aqui não é o fórum, o locus adequado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (...) Eu coloquei o § 3º do artigo 20 em discussão, porque disse que estamos num processo de inconstitucionalização. O que eu estou dizendo? Que sugiro e que se dê prazo para que o legislador faça uma reavaliação completa do sistema.

O Tribunal não está, agora, genericamente fixando novos critérios. (...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência não está decretando a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fixando prazo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ele, em si, a meu ver, não traz inconstitucionalidade, mas, tal como o Ministro Teori, se bem entendi, eu não afasto a possibilidade do juiz, no caso concreto, afastar essas...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é o que está ocorrendo sistematicamente, tanto é que o INSS...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas eu não avanço a ponto de declarar a inconstitucionalidade, porque, em si mesmo considerado, esse parágrafo não é inconstitucional (...).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas por isso que eu trouxe a Reclamação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, se nós, eventualmente, fôssemos caminhar para uma decretação de inconstitucionalidade, ou o dispositivo está a caminho de uma inconstitucionalização, eu acho que nós deveríamos respeitar, pelo menos, o plano plurianual, quer dizer, dar ao Estado a possibilidade de prever, no seu plano plurianual, a verba necessária para acorrer com essas despesas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas nós não estamos nem mandando fixar valor, mas que se faça a revisão do sistema.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É preciso entender exatamente o que isso significa, porque está se declarando a constitucionalidade do artigo 20...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, estamos declarando inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas mantendo a sua vigência?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sem declaração de nulidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O artigo 27...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Essa situação é que tem que ficar bem clara. Estamos declarando a inconstitucionalidade por omissão do artigo 20, § 3º, mas estamos mantendo a sua vigência. Na verdade, não é o artigo que é inconstitucional, é aquilo que ele não disciplinou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São situações das mais diversas. O fato é que, por princípio de segurança jurídica, nós entendemos que é inconstitucional, mas que autorizamos a sua aplicação por um período.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. Estamos dizendo que o legislador está omissos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - E fixando um prazo para que ele legisle.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. Se o legislador está omissa, a questão que se coloca é de saber como é que, no interregno, vai se colmatar essa omissão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A Justiça de Primeiro Grau o fará, como já vem fazendo.

Como exposto, para a concessão do benefício assistencial, mister se faz a conjugação de dois requisitos: alternativamente, a comprovação da idade avançada ou da condição de pessoa com deficiência e, cumulativamente, a miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por alguém da família.

Ainda que se tenha por superada a discussão envolvendo o estado de deficiência de Neiva de Almeida Souza, à vista da conclusão posta na perícia médica a que submetida, de “incapacidade total e permanente para o trabalho” (fl. 98) em razão do quadro caracterizado por “Cifose, Lordose, Escoliose, Diabetes, Hipertensão” (fl. 96), nem sequer objeto de questionamento pelo ora embargante, cujas razões recursais limitam-se à “ausência do requisito da hipossuficiência econômica” (fl. 193), vindo a requerente a falecer justamente em decorrência de “DISTÚRBIO METABÓLICO INSUFICIÊNCIA RENAL SEPSE DIABETES MELLITUS DESCOMPENSADO PROVAVEL ENCEFALITE” (fl. 235); no que concerne ao outro requisito exigido para a hipótese a existência de meios de ter provida sua manutenção impõe o reconhecimento da improcedência da pretensão formulada em seu nome.

Segundo consta do estudo social realizado em 19.8.2008 (fls. 92/93), “A Sra. Neiva 45 anos de idade, relatava que vivia em união estável com o Sr. Jovelino, e que no momento estão separados, sendo a composição familiar no momento, somente ela e a filha, Joana Jaqueline de Almeida 12 anos idade, estudante. Menciona que tem um outro filho, casado, com vida independente e sem condições financeiras de ajuda-la, devido sua situação financeira não ser favorável. A casa em que ambas residem, é própria, de padrão simples, composta por: 01 sala, 01 cozinha, 02 quartos, banheiro e áreas externas, a mobília existente na casa é a básica. A renda familiar segundo a requerente, é de R\$ 120,00 vinda de um programa social governamental, e de alguns serviços periódicos que a Sra. Neiva realiza, que no momento, está trabalhando como cabo eleitoral, com vencimentos de R\$ 200,00 mês, sendo esta, uma renda temporária. A Sra. Neiva relata que é hipertensa e portadora de diabetes, necessitando de medicação insulina todos os dias, menciona que, não consegue realizar atividades que exijam muito esforço físico”.

O parecer em questão conclui que “conforme o que dispõe a Lei 8.742/93, em seu Art. 20, a requerente não possui idade e nem deficiência física, que a incapacite de exercer sua rotina diária, para efeito da Lei supra, embora, percebe-se a existência de uma situação sócio-econômica desfavorável, seguida de um quadro de saúde fragilizado, que impede a requerente de realizar atividades laborais que exijam esforço físico”, sem ao menos discriminar, entretanto, as despesas mensais usuais ou mesmo excepcionais do grupo familiar, nem sequer eventuais dispêndios de soma com medicamentos, inexistindo ao longo de todo o processado quaisquer elementos de prova documental ou mesmo menção a gastos ocorridos a esse respeito.

Da prova oral colhida em audiência realizada pelo juízo *a quo* em 7.7.2009, a seu turno, extrai-se o seguinte:

Que a depoente em pressão alta e diabetes e que os remédios que toma a fazem desmaiar. Que mora em casa própria, com sua filha e o companheiro da depoente. Que a filha da depoente tem 13 anos. Que a depoente recebe a bolsa família no valor de R\$ 120,00, não recebendo qualquer outro benefício. Que o companheiro da depoente trabalha como diarista. Que o

companheiro da depoente recebe cerca de R\$ 380,00 mensais. Que a diária custa R\$ 25,00. Que a depoente parou de trabalhar há cinco anos. Que na última eleição municipal, trabalhou como cabo eleitoral, recebendo R\$ 200,00 ao mês. Que os serviços de casa são feitos pela filha da depoente, porque as mãos da depoente ficam inchadas e doem. Que a depoente faz o almoço e, quando não está com as mãos inchadas, varre a casa. Que a depoente também lava as roupas na máquina. Que a depoente vai ao mercado com uma pessoa acompanhando, diante do risco de desmaiar. Que o remédio controla apenas as vezes a pressão da depoente. Que como cabo eleitoral a depoente apenas entregava santinho. (depoimento pessoal, fl. 123)

Que a depoente tem pedido judicial contra o INSS, pendente de julgamento. Que conhece a autora há uns 10 anos. Que a autora tem pressão alta e diabetes. Que por conta disso, a autora parou de trabalhar acerca de cinco anos. Que a autora faz apenas comida e varre a casa. Que os outros serviços são feitos pela filha da autora. Que a autora mora em casa própria, com o companheiro e a filha menor de idade, atualmente com 13 anos. Que a autora recebe R\$ 120,00 do governo. Que o companheiro da autora trabalhava com serviços gerais, recebendo em média R\$ 25,00 por dia. Que atualmente o marido da autora está desempregado, isso há cerca de 15 dias. Que a autora recebe apenas o benefício acima informado. Que a autora não consegue ir ao banco ou mercado sozinha, apenas acompanhada. Que a autora precisa ser acompanhada por ser comum desmaiar. Que o marido da autora não tem problema de saúde e que é pessoa sadia. Às perguntas da parte autora: que a autora trabalhou na última eleição municipal, como cabo eleitoral. Que não sabe quanto a autora recebia, nem o que fazia. (testemunha Izoldina Tereza da Silva, fl. 124)

Que o depoente não tem ação judicial contra o INSS. Que já é aposentado. Que conhece a autora há 25 anos. Que a autora tem diabetes e pressão alta. Que os serviços de casa são feitos pela mãe da autora bem como pela filha da autora. Que a autora não consegue fazer nada em casa. Que a autora parou de trabalhar há cinco anos. Que a autora mora com o esposo e a filha, que tem 13 anos. Que a autora recebe a bolsa família, não sabendo o valor. Que o esposo da autora trabalha como diarista, sendo a diária no valor de cerca de R\$ 30,00 ou abaixo que isso. Que não sabe quanto o esposo da autora recebe em média por mês. Que atualmente, o marido da autora está desempregado, há cerca de 15 dias. Que o marido da autora tem saúde para trabalhar. Que a casa da autora é mal acabada mas é própria. Que o depoente não sabe dizer se a autora foi cabo eleitoral nessa última eleição municipal, pois o depoente estava em Goiânia. Às perguntas da parte autora: que a autora e família passam por dificuldades financeiras, porque o marido recebe pouco e se alimentam do benefício do governo. Que o depoente nunca ajudou a autora porque a condição financeira do depoente também é fraca. (testemunha Nivaldo Ferreira da Silva, fl. 125)

De igual modo, consoante asseverado no voto vencido, em consulta ao CNIS, verifica-se que o companheiro da autora tem vários vínculos de trabalho e, desde fevereiro de 2010, com SANVA COMERCIO DE PEÇAS E FERRAGENS LTDA, recebendo um salário mínimo ao mês (fl. 186, verso).

De todo o amalhado, o que os autos revelam é que a autora originária, em que pese o problema de saúde que a afligia, encontrava-se inserida em núcleo familiar composta por ela, o companheiro e uma filha adolescente; residiam em imóvel próprio, desonerado de custos, localizado em Costa Rica/MS; valiam-se todos da remuneração por ele auferida quer seja como diarista, conforme revelado pela prova testemunhal, quer seja como empregado no mercado formal, segundo registros constantes do CNIS, sendo contemplados ainda por programa de transferência de renda mantido pelo Governo Federal e mais os rendimentos obtidos pela própria requerente com serviços prestados durante período eleitoral, a colocar em questionamento

estar-se diante de grupo de baixíssimo poder aquisitivo, não tendo sido sequer informados os gastos mensais da unidade familiar, inexistente, de resto, menção a gastos com aquisição de remédios.

Tudo isso sopesado, convém não ignorar, por último, que o benefício assistencial não visa à complementação de renda. Destina-se àquelas pessoas que sejam, de fato, necessitadas, que vivam em condições indignas, em situação de notória miserabilidade, circunstância, insista-se, ausente na hipótese presente, em que possível concluir que a família da requerente, enquanto viva, reunia meios de se manter independentemente do amparo estatal almejado.

Posto isso, dou provimento aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto da lavra da Desembargadora Federal Marisa Santos, que dava provimento ao agravo legal do INSS para reconhecer a improcedência do pedido formulado.

Por se tratarem, também os sucessores que assumiram a titularidade da polaridade ativa nesta demanda, de beneficiários da assistência judiciária gratuita, deixa-se de condená-los ao pagamento da verba honorária e custas processuais.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator para o Acórdão):

A sentença de fls. 129/133 revela que foi julgado improcedente o pedido de concessão do benefício de Amparo Social, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Interposto o recurso de apelação pela parte autora, foi proferida decisão com fundamento no art. 557 do CPC, tendo-lhe sido dado parcial provimento, para julgar procedente o pedido. Na sequência, manejado recurso de agravo pelo INSS, foi prolatado acórdão pela 9ª Turma deste Tribunal, que, por maioria, negou provimento ao aludido recurso, mantendo a r. decisão monocrática, tendo os integrantes da Turma Julgadora se posicionado da seguinte forma:

Pelo voto vencedor de fls. 178/179, foi negado provimento ao recurso de agravo interposto pela autarquia previdenciária, sob o fundamento de que restou demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício em epígrafe, pois “...No laudo médico (fls. 96/99) constatou o perito judicial que a requerente é portadora de males que a incapacitam de forma total e permanente para o trabalho..”, bem como “... a autora residia com sua filha, menor impúbere...”, sendo que “...A renda familiar era constituída do trabalho esporádico da autora, como cabo eleitoral, e da quantia recebida do programa Bolsa-Família..”. Assinalou, ainda, que “...o companheiro Jovelino voltou a integrar o núcleo familiar posteriormente...”, tendo este mantido “...dois vínculos empregatícios de curta duração (nos períodos de 12/01/2009 a 02/03/2009 e de 16/03/2009 a 09/06/2009), o que, por si só, assinala a precariedade dos referidos contratos de trabalho...”.

Já pelo voto vencido de fls. 186, foi dado provimento ao agravo legal interposto pela autarquia previdenciária, para negar provimento à apelação da autora, mantendo a r. sentença que julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que “... a autora reside com a filha e o companheiro, Jovelino Rodrigues de Almeida....”, sendo que “...a renda da família advém do trabalho do companheiro, na condição de diarista, recebendo o valor de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) mensais..”. Conclui, por fim, que “...a renda familiar per capita correspondia a 33% do salário mínimo e, portanto, superior àquela determinada pelo § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93...”.

Na sessão do dia 22.01.2015, a i. Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, em seu brilhante voto (fls. 302/309), houve por bem dar provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS, para o fim de fazer prevalecer o voto vencido, da lavra da Desembargadora Federal Marisa Santos, por entender que a autora "... encontrava-se inserida em núcleo familiar composta por ela, o companheiro e uma filha adolescente; residiam em imóvel próprio, desonerado de custos, localizado em Costa Rica/MS; valiam-se todos da remuneração por ele auferida quer seja como diarista, conforme revelado pela prova testemunhal, quer seja como empregado no mercado formal, segundo registros constantes do CNIS, sendo contemplados ainda por programa de transferência de renda mantido pelo Governo Federal e mais os rendimentos obtidos pela própria requerente com serviços prestados durante período eleitoral, a colocar em questionamento estar-se diante de grupo de baixíssimo poder aquisitivo, não tendo sido sequer informados os gastos mensais da unidade familiar, inexistente, de resto, menção a gastos com aquisição de remédios...". Em síntese, conclui pelo não enquadramento da autora como hipossuficiente econômica, de modo a não ensejar a concessão do benefício assistencial.

Penso que deve prevalecer o voto vencedor.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência, constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção *status* normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de "pessoa com deficiência", definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei

8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de “pessoa com deficiência” constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de “deficiência” atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

Coerente com esta nova definição de “deficiência” para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º. Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o *caput* deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no *caput* do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de “incapacidade laborativa” e “deficiência”, como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, o laudo médico de fls. 96/99, realizado em 13.11.2008, atestou que a autora era portadora de cifose, lordose, escoliose, diabetes e hipertensão, que a tornavam incapacitada de forma total e permanente para o trabalho.

Insta salientar que a autora veio a falecer em 23.05.2010 (fls. 275), tendo como causas da morte enfermidades indicadas no laudo médico judicial, tais como distúrbio metabólico e diabetes mellitus descompensado.

Com fundamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que se incorporou no ordenamento jurídico com *status* constitucional, é de se reconhecer a defi-

ciência da autora, tendo em vista que possui impedimentos de longo prazo de natureza física. Notadamente, tal condição obstruiu sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Há que se reconhecer, portanto, que a parte autora fará jus ao benefício assistencial, caso preencha o requisito socioeconômico, haja vista possuir impedimentos de longo prazo, com potencialidade para “obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com outras pessoas.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar per capita, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda *per capita* não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF. ADI 1.234-DF. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. J. 01.06.01).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do § 3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente descompasso entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que “ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de ‘inconstitucionalização.’” Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar. Verifique-se:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.

(...)

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

(...)

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

(Rcl 4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

No caso dos autos, o estudo social realizado em 19.08.2008 (fl. 91/93) constatou que o núcleo familiar da autora é formado por ela e sua filha menor, sendo que, naquele momento, estava separada de seu companheiro, o Sr. Jovelino. Assinalou que a casa em que ambas residiam é própria, padrão simples. A renda familiar totalizava R\$ 120,00 (cento e vinte reais), decorrente de um programa social governamental e de eventuais serviços prestados pela autora, como cabo eleitoral, com vencimentos de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais.

Destarte, não obstante o retorno de seu companheiro ao lar, consoante depoimento pessoal (fl. 123), e a existência de vínculos empregatícios em nome do companheiro, desde fevereiro de 2010, com renda equivalente a um salário mínimo, segundo extrato do CNIS (fl. 186vº), a situação fática ora examinada permite concluir pela absoluta insuficiência de recursos, tendo em vista a gravidade das doenças de que era portadora a autora, que acabaram culminando com sua morte.

Portanto, resta comprovado que a autora era portadora de deficiência e que não possuía meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus a concessão do benefício assistencial.

Diante do exposto, *nego provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS*, para que prevaleça o voto vencedor.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator para o acórdão

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0005553-32.2011.4.03.6108

(2011.61.08.005553-8)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 217/220

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Partes Autoras: DEIVID GALDINO CARDOSO (incapaz) E OUTRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE BAURU - SP

Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Classe do Processo: ApelReex 1985657

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO TRABALHISTA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVAM O PERÍODO TRABALHADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS VERTIDAS.

1. A sentença trabalhista, por meio da qual a empregadora reconheceu o vínculo empregatício e efetuou o recolhimento das contribuições previdenciárias tem efeitos previdenciários, ainda que o INSS não tenha participado da lide laboral.
2. Qualidade de segurado demonstrada, tendo em vista a existência de elementos que evidenciam o contrato de trabalho, o qual cessou em decorrência de acidente automobilístico que vitimou o empregado.
3. Demonstrada nos autos a condição de companheira e de filho menor de vinte e um anos, a dependência econômica em relação ao *de cujus* é presumida, nos moldes preconizados pelo artigo 16, I da Lei nº 8.213/91.
4. Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática (fls. 217/220) que deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido de pensão por morte.

Alega que a sentença proferida na Justiça Trabalhista pode ser admitida como meio prova material para reconhecimento do tempo de serviço e concessão de benefício previdenciário. Requer o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática (fls. 217/220) que deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido de pensão por morte.

Registro de início que os autos foram redistribuídos por força do disposto no Ato 12.522/2014, publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, edição 191/2014, em 21/10/2014.

Na sequência, observo que “Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112).

As razões recursais apresentadas não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

A decisão agravada, proferida pelo Juiz Federal Convocado Carlos Delgado, assentou:

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em ação ajuizada por DEIVID GALDINO CARDOSO (incapaz) e LUCIANA GALDINO contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o benefício de pensão por morte.

A r. sentença monocrática de fls. 193/200 julgou procedente o pedido, condenando a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, acrescido dos consectários que especifica. Por fim, concedeu a tutela antecipada e determinou sua imediata implantação.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 206/211, pugna o INSS, inicialmente, pela suspensão da tutela antecipada. No mérito, requer a reforma do *decisum*, ao argumento de que não restaram comprovados os requisitos autorizadores à concessão do benefício, notadamente em virtude da perda da qualidade de segurado do de cujus. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais. Suscita, por fim, o prequestionamento legal, para efeito de interposição de recursos.

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta instância para decisão.

Parecer do Ministério Público Federal de fls. 215/216, em que opina pelo desprovimento do recurso.

É o sucinto relato.

Vistos, na forma do art. 557 do CPC.

No tocante ao pedido de suspensão da tutela antecipada, suscitado pelo INSS, manifestar-me-ei a respeito com a análise do mérito.

O primeiro diploma legal brasileiro a prever um benefício contra as consequências da morte foi a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, XVI. Após, sobreveio a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que estabelecia como requisito

para a concessão da pensão o recolhimento de pelo menos 12 (doze) contribuições mensais e fixava o valor a ser recebido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, e tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) por segurados, até o máximo de 5 (cinco).

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, também disciplinaram o benefício de pensão por morte, sem alterar, no entanto, a sua essência.

A atual Carta Magna estabeleceu em seu art. 201, V, que:

“A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e seu Decreto Regulamentar nº 3048, de 06 de maio de 1999, disciplinaram em seus arts. 74 a 79 e 105 a 115, respectivamente, o benefício de pensão por morte, que é aquele concedido aos dependentes do segurado, em atividade ou aposentado, em decorrência de seu falecimento ou da declaração judicial de sua morte presumida.

Depreende-se do conceito acima mencionado que para a concessão da pensão por morte é necessário o preenchimento de dois requisitos: ostentar o falecido a qualidade de segurado da Previdência Social, na data do óbito e possuir dependentes incluídos no rol do art. 16 da supracitada lei.

A qualidade de segurado, segundo Wladimir Novaes Martinez, é a:

“denominação legal indicativa da condição jurídica de filiado, inscrito ou genericamente atendido pela previdência social. Quer dizer o estado do assegurado, cujos riscos estão previdenciariamente cobertos.”

(Curso de Direito Previdenciário. Tomo II - Previdência Social. São Paulo: LTr, 1998, p. 594). Mantém a qualidade de segurado aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou “período de graça”, conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

“Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.”

É de se observar, ainda, que o § 1º do supracitado artigo prorroga por 24 (vinte e quatro) meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 (cento e vinte) meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério do Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 (doze) meses. A comprovação do desemprego pode se dar por qualquer forma, até mesmo oral, ou pela percepção de seguro-desemprego.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no § 4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, conseqüentemente, a caducidade de todos os direitos previdenciários.

Conforme já referido, a condição de dependentes é verificada com amparo no rol estabelecido pelo art. 16 da Lei de Benefícios, segundo o qual possuem dependência econômica presumida o cônjuge, o(a) companheiro(a) e o filho menor de 21 (vinte e um) anos, não emancipado ou inválido. Também ostentam a condição de dependente do segurado, desde que comprovada a dependência econômica, os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

De acordo com o § 2º do supramencionado artigo, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

Vale lembrar que o menor sob guarda deixou de ser considerado dependente com a edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996, a qual foi convertida na Lei nº 9.528/97. Por outro lado, diferentemente do que ocorria na vigência da Lei nº 3.807/60, o benefício em questão independe de carência, nos moldes do art. 26, I, da Lei Previdenciária.

No caso em apreço, a ação foi ajuizada em 14 de julho de 2011 e o aludido óbito, ocorrido em 20 de dezembro de 2009, está comprovado pela respectiva Certidão de fl. 21.

O autor Deivid Galdino Cardoso, nascido em 09 de maio de 1998, é ainda menor de 21 anos e, de fato, filho de Ivo Ribeiro Cardoso, conforme demonstra a Certidão de Nascimento de fl. 18. No tocante à comprovação da união estável, a autora Luciana Galdino carrou aos autos início de prova material, consubstanciado na demonstração de existência de filho em comum havido da relação marital (fl. 18).

Além disso, na Certidão de Óbito de fl. 21 restou assentado que, por ocasião do falecimento, Ivo Ribeiro Cardoso estava a residir na Avenida Rosa Malandrini Mondelli, nº 16-10, em Bauru - SP, vale dizer, o mesmo endereço declarado pela autora na exordial e constante no atestado de domicílio de fl. 22.

É importante observar que a união estável entre o casal restou demonstrada nos autos de ação declaratória, que tramitou pela 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Bauru - SP, autuados sob nº 071.01.2010.031798-2, cujo pedido foi julgado procedente para reconhecer a relação marital vivenciada entre a postulante e Ivo Ribeiro Cardoso pelo período de doze anos e cessada em decorrência do óbito do companheiro (fls. 33/34).

Desnecessária a demonstração da dependência econômica, pois, segundo o art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios, a mesma é presumida em relação à companheira e ao filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Não obstante, no que tange à qualidade de segurado, depreende-se do extrato do CNIS de fl. 186 que o último vínculo empregatício do de cujus dera-se entre 05 de abril de 2004 e 14 de abril de 2004, junto a Acumuladores Ajax Ltda.

Entre a data do desligamento e o óbito transcorreu prazo superior a 5 anos e 8 meses, sem que fosse vertida qualquer contribuição previdenciária, o que, à evidência, acarretou a perda da qualidade de segurado, ainda que fossem aplicadas à hipótese as ampliações do período de graça previstas no artigo 15, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.213/91.

Sustentam os autores na exordial que, por ocasião do falecimento, Ivo Ribeiro Cardoso estava a laborar sem formal registro em CTPS, cujo vínculo empregatício foi reconhecido por sentença proferida nos autos de processo nº 0000252-33.2010.5.15.0091, que tramitou pela 4ª Vara do Trabalho de Bauru - SP.

A esse respeito, a sentença de fl. 65, reporta-se à homologação de acordo trabalhista celebrado post mortem entre o espólio de Ivo Ribeiro Cardoso e o reclamado Marcos Diniz Oliveira Entregas - ME, em relação ao vínculo empregatício estabelecido entre 03 de novembro de 2008 e 20 de dezembro de 2009.

Observe, no entanto, que não se vislumbra dos presentes autos início de prova material do referido vínculo empregatício, nos moldes preconizados pelo artigo 55, § 3º da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que sequer houve instrução probatória no processo trabalhista, mas tão somente a homologação de acordo entre a referida empresa e o espólio.

Dessa forma, não há como se admitir o aludido reconhecimento de vínculo trabalhista como prova emprestada dada a sua fragilidade.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO ENTRE O ESPÓLIO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO E O SUPOSTO EMPREGADOR.

1. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, desde que prolatada com base em elementos probatórios capazes de demonstrar o exercício da atividade laborativa, durante o período que se pretende ter reconhecido na ação previdenciária.

2. Na espécie, ao que se tem dos autos, a sentença trabalhista está fundada apenas nos depoimentos da viúva e do aludido ex-empregador, motivo pelo qual não se revela possível a sua consideração como início de prova material para fins de reconhecimento da qualidade de segurado do instituidor do benefício e, por conseguinte, do direito da autora à pensão por morte.

3. Recurso especial provido.”

(STJ, 1ª Turma, RESP 1427988/PR, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 09.04.2014).

É válido ressaltar que sequer as testemunhas ouvidas nos presentes autos, cujos depoimentos foram colhidos em mídia digital (fl. 173), souberam informar acerca de eventual vínculo empregatício estabelecido entre o de cujus e o suposto empregador.

A esse respeito a testemunha Kátia Alves de Lima disse que Ivo Ribeiro Cardoso trabalhava como mototaxista, sem esclarecer se ele era autônomo ou empregado.

No mesmo sentido, Edna de Fátima de Oliveira Gonçalves acrescentou saber que o falecido laborava como “entregador” utilizando motocicleta, e que chegou a utilizar seus serviços, contratando-o pessoalmente para a entrega de encomendas, porém nunca soube quem era seu empregador.

A testemunha Marcelino Damasceno apresentou depoimento frágil e contraditório, ao esclarecer que o falecido laborava como empregado e com registro em CTPS, em contradição às provas dos autos e à versão dos autores.

Ainda que assim não fosse, tornar-se-ia inviável o reconhecimento de vínculo empregatício com base apenas em prova testemunhal, conforme já decidiu esta Egrégia Corte, confira-se: “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR URBANO. ÓBITO EM 2001, NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8213/91. ESPOSA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ATIVIDADE EXERCIDA EM PERÍODO POSTERIOR AO ÚLTIMO RECOLHIMENTO EFETUADO À PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. CONDIÇÃO DE SEGURADO DO FALECIDO NÃO COMPROVADA.

(...)

III - Não foi apresentado nenhum documento capaz de comprovar as afirmações das testemunhas quanto ao alegado trabalho desenvolvido pelo falecido no período compreendido entre o último recolhimento efetuado ao Regime Geral de Previdência Social e a data do óbito em 2001, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal para este fim, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

IV - Portanto, na data do óbito - 27/12/2001 - o falecido não mantinha a qualidade de segurado.

V - Requisitos para a concessão da pensão por morte não comprovados.

VI - Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.”

(TRF3, 9ª Turma, AC 00002154320034036113, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, DJU 14/06/2007).

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS.

(...)

- A prova exclusivamente oral não serve à demonstração do labor urbano. Precedentes jurisprudenciais.

- Perde a qualidade de segurado do INSS quem deixa de contribuir para o sistema por mais de 12 meses, *ex vi* do art. 15, II, da Lei 8.213/91. Não cabimento da pensão correspondente à dependente.

- O art. 102 da Lei 8.213/91 não se aplica à espécie, pois estabelece que a perda da qualidade superveniente à implementação de todos os requisitos à concessão do benefício não obsta sua concessão. *In casu*, a perda da qualidade de segurado ocorreu antes de se aperfeiçoarem os requisitos ao direito à pensão por morte.

- Considerado que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, observar-se-ão os termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação da autarquia provida.”

(TRF3, 8ª Turma, AC 00044743420014039999, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJU 03/06/2004).

Importa consignar que, mesmo não sendo comprovada a qualidade de segurado do falecido à época do óbito, se este tivesse preenchido naquela data os requisitos para a concessão de aposentadoria, os requerentes fariam jus ao benefício, nos termos do § 2º do art. 102 da Lei nº 8.213/91.

Contudo, nada veio a demonstrar nos autos que, no momento do falecimento, o de cujus fazia jus a alguma espécie de aposentadoria, porquanto não houvera completado a idade mínima para a aposentadoria por idade (faleceu com 28 anos de idade), tampouco se produziu nos autos prova documental ou testemunhal de que restava incapacitado ao trabalho, afastando o reconhecimento de aposentadoria por invalidez, bem como não logrou comprovar o período mínimo de trabalho exigido em lei para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Nesse contexto, se torna inviável o acolhimento do pedido inicial, sendo de rigor o decreto de improcedência do pleito.

Isento os autores dos ônus de sucumbência, em razão de serem beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Prejudicado o prequestionamento suscitado pela Autarquia Previdenciária.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput* e § 1º-A do Código de Processo Civil, *dou provimento à remessa oficial e à apelação*, para reformar a sentença recorrida e julgar improcedente o pedido. *Casso a tutela antecipada concedida*.

Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.

Intime-se.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no § 1º - A do art. 557 do CPC, visto que segue jurisprudência dominante do STJ e demais Tribunais.

Com vistas a essa orientação, não há qualquer vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator para o Acórdão):

Em sessão de julgamento realizada em 12 de janeiro de 2015, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Marisa Santos proferiu voto no sentido de negar provimento ao agravo legal interposto pelo Ministério Público Federal e manter a decisão monocrática proferida

às fls. 217/220, por meio da qual dera provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, em ação objetivando o recebimento de benefício previdenciário de pensão por morte.

Fundamentou Sua Excelência seu voto no sentido de que não restou comprovada a qualidade de segurado do falecido.

Dirijo do entendimento manifestado pela eminente Relatora, uma vez que Ivo Ribeiro Cardoso exercia atividade remunerada como mototaxista para a empresa Marcos Diniz Oliveira Entregas - ME, cujo vínculo empregatício apenas foi cessado em decorrência de acidente automobilístico que o vitimou e provocou seu falecimento, em 20 de dezembro de 2009 (fl. 21).

O requerimento de inscrição junto à Junta Comercial acostado à fl. 67 constitui prova de que a referida empresa iniciara suas atividades em 02 de maio de 2006.

Além disso, os depoimentos colhidos em mídia digital (fl. 173), quando interpretados em conjunto, confirmam que o *de cujus* trabalhava como empregado para a empresa Marcos Diniz Oliveira Entregas - ME.

Portanto, a sentença trabalhista de fl. 65, por meio da qual a empregadora reconheceu o vínculo empregatício e efetuou o recolhimento das contribuições previdenciárias (fls. 84/90) tem efeitos previdenciários, ainda que o INSS não tenha participado da lide laboral.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte julgado desta Egrégia Corte:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- Uma vez reconhecido por sentença trabalhista homologatória de acordo o vínculo empregatício do falecido, corroborada pela prova testemunhal, e sendo do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições, é de rigor que se reconheça a qualidade de segurado do falecido quando do óbito, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

- Agravo desprovido.

(TRF3, 7ª Turma, AC 00019227420074036123, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, e-DJF3 17/01/2014)

Nesse contexto, por ocasião de seu óbito, Ivo Ribeiro Cardoso mantinha a qualidade de segurado, fazendo jus os autores à concessão do benefício de pensão por morte, a contar da data do requerimento administrativo (13/08/2010 - fl. 23), devendo ser compensado, por ocasião da liquidação da sentença, o valor das parcelas já auferidas em decorrência da antecipação da tutela deferida pela instância *a quo*.

Com relação à correção monetária e aos juros de mora, determino a observância dos critérios contemplados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, de acordo com a Resolução nº 267/2013, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, observada a modulação dos efeitos previstos nas ADIs nº 4.425 e 4.357.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento desta Turma.

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.

Cumpre salientar, diante de todo o explanado, que a r. sentença monocrática não ofendeu qualquer dispositivo legal, não havendo razão ao prequestionamento suscitado pelo Instituto Autárquico.

Ante o exposto, dirirjo da ilustre Relatora, com a devida *venia*, e pelo meu voto, *dou provimento ao agravo legal* interposto pelo Ministério Público Federal para tornar insubsistente a decisão impugnada, e, em novo julgamento, *dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação*, para reformar a sentença de primeiro grau, apenas no que se refere aos consectários legais, na forma da fundamentação. *Concedo a tutela específica, para o restabelecimento do benefício. Comunique-se o INSS.*

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator para o Acórdão

EMBARGOS INFRINGENTES

0017496-13.2011.4.03.9999

(2011.03.99.017496-3)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: JOAQUIM DE ALMEIDA FILHO

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PIRES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: EI 1631912

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL E DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO.

1. A prejudicial de decadência não merece acolhida, na medida em que o caso sob análise não versa sobre revisão do ato administrativo de concessão do benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, *caput*).
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. Rejeitar a preliminar de decadência e negar provimento provimentos aos embargos infringentes.

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, decidiu rejeitar a prejudicial de decadência e no mérito, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes opostos pelo INSS a fim de fazer prevalecer o voto vencedor, nos termos do voto do Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator).

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

Desembargadora Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - em face de acórdão proferido pela Colenda Sétima Turma desta Corte Regional, que, por maioria, rejeitou a preliminar de decadência do direito de ação; por unanimidade, rejeitou

a matéria preliminar remanescente e, no mérito, negou provimento ao agravo legal interposto pela parte autora; e, por maioria de votos, negou provimento ao agravo legal interposto pela autarquia, mantendo, com isso, decisão monocrática proferida com base no art. 557 do Código de Processo Civil, que dera parcial provimento à apelação do demandante para reconhecer seu direito à desaposentação, mediante cessação do benefício anterior e devolução do que foi pago a esse título.

Restou vencida, contudo, a Exma Sra Desembargadora Federal Leide Polo, que acolhia a prejudicial de decadência e, no mérito propriamente dito, dava provimento ao agravo legal do INSS para julgar improcedente o pedido inicial e negava provimento ao agravo legal da parte autora.

Alega o embargante, em síntese, que deve prevalecer o voto vencido, no sentido de ser reconhecida a decadência do direito de revisão do benefício originário e de não ser admitida a desaposentação, sob pena de violação ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, bem como ao ato jurídico perfeito.

O embargado ofereceu contrarrazões.

Dispensada a revisão por se tratar de matéria predominante de direito, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Inicialmente, consigno que os embargos devem ser conhecidos, eis que o acórdão não unânime manteve decisão monocrática que reformou, em grau de apelação, sentença de mérito. Ademais, o recurso restringe-se à matéria objeto de divergência (CPC, art. 530).

A prejudicial de decadência não merece acolhida, na medida em que o caso sob análise não versa sobre revisão do ato administrativo de concessão do benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, *caput*).

Na realidade, o caso trata de renúncia à aposentadoria anteriormente deferida, com vistas à obtenção de novo benefício, mais vantajoso para o segurado, por intermédio de outro ato administrativo.

Os fatos, portanto, não se subsumem à hipótese de decadência prevista na Lei de Benefícios. Nessa linha, julgado da Terceira Seção desta Corte Regional:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE. “DESAPOSENTAÇÃO”. INVIABILIDADE.

- Não se há falar em decadência. No caso concreto, a parte autora pleiteia a desaposentação e posterior jubilação, contado interstício maior de labuta, não se tratando, assim, de ação em que se pretende a revisão da benesse, como expressamente disciplina o art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97.

- Não se afigura oportuna suspensão do processo, uma vez que “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. Precedentes” (TRF - 3ª Região, 8ª Turma, AgAC 883662, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., TRF3 CJ1 16/3/2012. Ainda: TRF - 3ª Região, 10ª Turma, AgAC 863388, rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, v. u., TRF3 CJ1 14/3/2012; TRF - 3ª Região, 3ª Seção, EI 877138, proc. 0010980-68.2002.4.03.6126, rel. Des. Fed. Daldice Santana, maioria, DJF3 CJ1 30/9/2011.

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente. Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública.

- O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99).

- *Ad argumentandum*, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição *sine qua non* para validade da proposta é a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria.

- Embargos infringentes providos.

(EI 0009421-55.2009.4.03.6183, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, DJ 31/08/2012)

No mérito propriamente dito, tem-se que a controvérsia da presente demanda diz respeito à possibilidade, ou não, de que um segurado aposentado do Regime Geral de Previdência Social, que continue ou volte a exercer atividade vinculada a este regime, venha a obter o cancelamento de seu benefício e, ao mesmo tempo, a concessão de uma nova aposentadoria com a consideração deste novo período de trabalho/contribuição.

O acórdão embargado deu provimento à apelação da parte autora para reconhecer seu direito à desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, com restituição dos proventos percebidos, enquanto o voto vencido lhe negava provimento, tendo recebido a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 557, COMBINADO COM O ART. 285-A, AMBOS DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DA APOSENTADORIA ORIGINÁRIA. LIMITES RAZOÁVEIS PARA A DEVOLUÇÃO. RECURSOS IMPROVIDOS.

- O Órgão Fracionário pode dar interpretação a dispositivos legais que regem a “desaposentação”, sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 10 do C. STF.

- As interpretações do art. 5º, LXXVIII da Constituição e do art. 557 do CPC permitem que recursos sejam decididos monocraticamente pelo relator, bastando que o tema esteja pacificado na Turma, mesmo que por maioria de votos. Apelações relativas à “desaposentação” podem ser julgadas por decisões monocráticas na composição atual da Sétima Turma desta E.Corte Federal, tendo em vista o entendimento do colegiado em seus aspectos centrais (precedente: TRF - 3ª Região - AgLg em AC nº 2009.61.83.013612-9 - Sétima Turma - Relª Desª Federal Eva Regina - vu - julg. 18.10.2010 - DE - 27.10.2010).

- Aposentado que continua a laborar e a contribuir para a Previdência, adimplindo progressivas exigências impostas pelo sistema de Seguridade Social, deve receber o mesmo tratamento dado aos que trabalharam sem se aposentar, uma vez que cumpriram iguais requisitos. Por isso, o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, deve ser interpretado de modo a admitir que o beneficiário renuncie, desde a citação, à aposentadoria já concedida (sem mácula ao ato jurídico perfeito), mas em razão da solidariedade e da igualdade que regem o sistema de Seguridade, o direito

à “desaposentação” impõe a devolução integral dos valores percebidos a título do benefício cessado. Para ser exequível e razoável, essa devolução (com acréscimos) deve ser feita mediante desconto sobre o montante da nova aposentadoria a ser paga a cada mês, observando os seguintes limites, dos dois o menor: 30% do montante do novo benefício, ou o que restou acrescido quando comparados o montante mensal até então pago e o novo benefício apurado.

- Agravos improvidos.

Entendo mais correta a orientação fixada no voto condutor.

De início, não há óbice constitucional. Nenhuma regra da Carta Magna é contrariada se aceitarmos a possibilidade de o segurado se desfazer de sua aposentadoria e aproveitar o tempo total de filiação em contagem para novo benefício. Os artigos 193 a 195 e 201 e 202 da Constituição Federal trazem princípios que estruturam a ordem social e disciplinam a previdência social. Nesse sentido, reza o artigo 201, § 9º que “para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

Além disso, a legislação ordinária não disciplina tampouco veda a desaposentação. O segurado tem o direito, portanto, de dispor do que lhe pertence, ou seja, de seu próprio patrimônio.

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal impede que uma lei nova altere ato já consumado, contudo não impede ao titular de direito disponível de renunciar ato jurídico, desfazendo seus efeitos até então produzidos, possibilitando o recebimento de benefício com renda mensal inicial mais favorável.

Convém lembrar que a irreversibilidade e irrenunciabilidade das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição não decorrem de legislação ordinária, mas de Decreto Executivo (artigo 181-B do Decreto 3.048/99, na redação do Decreto 3.265/99). Entretanto, Decreto não pode restringir direito, nem impedir exercício de faculdade do titular do direito sem a necessária previsão legal. Só a lei ordinária (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal) poderia estabelecer restrições como irreversibilidade ou irrenunciabilidade de benefício concedido. Se a lei previdenciária, como é o caso, não estabelece tais restrições, o benefício não pode ser tido por irrenunciável nem irreversível. Estabelecendo condição não permitida pela lei, o decreto extrapolou os limites da lei que deveria regulamentar e, portanto, não se aplica.

A possibilidade de a parte autora obter sua “desaposentadoria” não é impedida nem pela redação do artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, *in verbis*: “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

A intenção do legislador foi a de esclarecer ao “aposentado” que, caso ele queira permanecer em atividade laboral, não terá acesso a qualquer outro provento do INSS, em função desse trabalho, ressalvadas as exceções supramencionadas.

A norma não alcança aquele que pretende renunciar seu benefício e, somente então, utilizar seu tempo de filiação para concessão de outro benefício. Destarte, referida intenção do aposentado não afronta o artigo 18, § 2º da Lei 8.213. Se alguém pretende deixar de ser aposentado, buscará computar o posterior tempo de serviço para o recebimento de nova benesse mais vantajosa.

Com efeito, para acolher a pretensão do segurado de renúncia e concessão de nova

aposentadoria não é necessário, conforme eventual alegação autárquica, reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 18, § 2º da Lei de Benefícios ou de qualquer outro dispositivo legal.

Desta feita, diante da argumentação acima, é de se admitir a renúncia à aposentadoria com a finalidade de aproveitamento de todo o tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício.

Observe, outrossim, que a questão da necessidade ou não da devolução dos valores percebidos não foi objeto de discussão nestes embargos.

Por fim, ressalto que o posicionamento delineado nesta decisão acompanha o entendimento da Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para apreciar e julgar demandas relativas a benefícios previdenciários, desde 19.12.11 (publicação da Emenda Regimental 14/2011 do RI - STJ).

Nesse sentido, trago à colação as seguintes ementas da Corte Especial:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à 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, Primeira Seção - Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. em 08.05.13, p. em 14.05.13, p. 400)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI 8.213/91. INEXISTÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS NO STJ. DESCABIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS NO PRIMEIRO JUBILAMENTO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO ASSENTADO NO RESP Nº 1.334.488/SC SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF não sobresta o julgamento da mesma controvérsia por meio de recurso especial no STJ. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.240.892/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina; AgRg no REsp 1.255.688/SC, Rel. Ministra As-

susete Magalhães; AgRg no AREsp 110.171/BA, Rel. Ministro Humberto Martins; AgRg no AREsp 166.322/PR, Rel. Ministro Castro Meira; AgRg no REsp 723.128/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região); AgRg nos EDcl no REsp 1.343.645/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques.

2. Interpretação que considera inaplicável à espécie o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, não importa em negativa de vigência de referido dispositivo de lei.

3. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido à disciplina do 543-C do CPC, de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”.

4. A análise de violação à matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República, refoge à jurisdição do STJ, sendo de competência exclusiva da Suprema Corte.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ - Resp 1346760/PR, Primeira Turma - Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., j. em 24.09.13, DJe 02.10.13).

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. OFENSA A RESERVA DE PLENÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LEGAL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTE.

1. Não há confundir interpretação de normas legais com reserva de Plenário, razão pela qual descabe falar em aplicação da Súmula Vinculante 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da Carta Magna.

2. Não cabe ao STJ examinar, no recurso especial, violação de preceitos e dispositivos constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretar matéria cuja competência é exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF.

3. Admite-se a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos. Precedente.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp 1351340/PR, Segunda Turma - Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. em 17.09.13, DJe 02.10.13).

Transcrevo, ainda, recente julgado da Terceira Seção desta Egrégia Corte:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. DECADÊNCIA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

I - Não há guarida para a alegação de decadência do direito, pois a parte autora não visa à revisão ou alteração de benefício já concedido, mas sim, o direito à renúncia de sua aposentadoria e, simultaneamente, a percepção de outra que lhe seja mais vantajosa, podendo, dessa forma, a ação ser proposta a qualquer tempo, ressaltando-se, todavia, que a fruição dos efeitos financeiros ou patrimoniais daí decorrentes restringir-se-á ao quinquênio que precede a propositura da ação.

II - Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse.

III - No presente caso, ressalvo meu entendimento pessoal no que concerne aos efeitos *ex nunc* decorrentes do citado ato de renúncia, não devendo acarretar a restituição aos cofres do INSS dos valores já pagos em favor da parte segurada, em observância aos limites da divergência, com fulcro no *caput* do artigo 530 do Código de Processo Civil.

IV - Destarte, acolho integralmente a tese esposada no voto condutor, reconhecendo o direito da parte autora à renúncia ao benefício anteriormente concedido, mediante a devolução da importância paga a este título em seu favor, com a imediata implantação da nova aposentadoria requerida, nos termos do voto condutor.

V - Matéria preliminar rejeitada. Embargos infringentes a que se nega provimento.

(EI - 1597857, - Rel. para Acórdão Des. Fed. Walter do Amaral, por maioria, j. em 22.08.13, DJe 04.09.13).

Em julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661.256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, entretanto, 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).

Cabe, portanto, a renúncia da aposentadoria da parte autora, com aproveitamento de todo o tempo de contribuição, bem como o recálculo e pagamento, pelo INSS, de benefício mais vantajoso (art. 122 da Lei 8.213/91).

Posto isso, rejeito a prejudicial de decadência e, nego provimento aos embargos infringentes opostos pelo INSS a fim de fazer prevalecer o douto voto vencedor.

É o voto.

Desembargadora Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0035906-85.2012.4.03.9999

(2012.03.99.035906-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 264/265

Interessado: CLAUDIO APARECIDO SPADIM

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AC 1783913

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. RECONHECIMENTO DE PERÍODOS EXERCIDOS COMO ESPECIAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

- Trata-se de agravo legal, interposto pela Autarquia Federal, em face da decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, deu parcial provimento ao reexame necessário e ao seu apelo, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial, restringindo o reconhecimento do labor especial aos períodos de 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008. Fixou a sucumbência recíproca.

- Sustenta que o uso de EPI eficaz afasta a condição de labor insalubre.

- Questiona-se o período de 03/12/1998 a 01/12/2008, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

- A atividade especial deu-se no interstício de: 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008 - agente agressivo: 03/12/1998 a 30/06/1999, ruído de 92,5 db(A); de 01/07/1999 a 30/06/2001, ruído de 89,9 db(A); de 01/07/2001 a 30/06/2006 ruído de 86 db(A) e a partir de 01/07/2006 de 85,6 db(A), de modo habitual e permanente - perfil profissiográfico previdenciário.

- A atividade desenvolvida pelo autor enquadra-se no item 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, item 1.1.5 do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79 e item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 que contemplavam a atividade realizada em condições de exposição a ruídos excessivos.

- A questão do nível máximo de ruído admitido está disciplinada no Decreto nº 53.831/64 (80dBA), em razão da manutenção de suas disposições, nas situações não contempladas pelo Decreto de nº 83.080/79.

- As alterações introduzidas na matéria pelo Decreto de nº 2.172, de 05/03/1997, passaram a enquadrar como agressivas apenas as exposições acima de 90 dBA. Tal modificação vem expressa no art. 181 da IN de nº 78/2002, segundo a qual “na análise do agente agressivo ruído, até 05/03/1997, será efetuado enquadramento quando da efetiva exposição for superior a oitenta dBA e, a partir de 06/03/1997, quando da efetiva exposição se situar acima de noventa dBA”.

- A partir de 19/11/2003 o Decreto nº 3.048/99 alterado pelo Decreto nº 4.882/2003 passou a exigir ruído superior a 85 db(A), privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente.

- O requerente faz jus ao cômputo do labor exercido em condições agressivas, nos interstícios mencionados, no entanto, indevida a conversão, já que o pedido é de aposentadoria especial.
- É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual – EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.
- Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.
- O autor não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.
- A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
- É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
- Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Trata-se de agravo legal, interposto pela Autarquia Federal, em face da decisão monocrática de fls. 264/265 que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, deu parcial provimento ao reexame necessário e ao seu apelo, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial, restringindo o reconhecimento do labor especial aos períodos de 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008. Fixou a sucumbência recíproca.

Sustenta, em síntese, o uso de EPI eficaz afasta a condição de labor especial. Requer

seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Não procede a insurgência da parte agravante.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

Cuida-se de pedido de concessão de aposentadoria especial.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer a especialidade da atividade no período de 03/12/1998 a 30/11/2008 e condenar o INSS a conceder aposentadoria especial, desde a data do requerimento administrativo, acrescida de correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula nº 111, do Superior Tribunal de Justiça.

O reexame necessário foi tido por interposto.

Inconformada, apela a Autarquia sustentando, em síntese, que não restou comprovada a especialidade da atividade, não fazendo jus à aposentadoria pretendida. Pede, caso mantida a condenação, a incidência dos juros de mora de acordo com o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação que lhe deu a Lei nº 11.960/09 e a redução da verba honorária.

Regularmente processados, com contrarrazões 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:

A questão em debate consiste na possibilidade de se reconhecer o trabalho especificado na inicial em condições especiais para propiciar a concessão de aposentadoria especial.

Tal aposentadoria está disciplinada pelos arts. 57, 58 e seus §§ da Lei nº 8.213/91, para os períodos laborados posteriormente à sua vigência e, para os pretéritos, pelo art. 35 § 2º da antiga CLPS.

O benefício é regido pela lei em vigor no momento em que reunidos os requisitos para sua fruição, mesmo tratando-se de direitos de aquisição complexa, a lei mais gravosa não pode retroagir exigindo outros elementos comprobatórios do exercício da atividade insalubre, antes não exigidos, sob pena de agressão à segurança, que o ordenamento jurídico visa preservar. De se observar que, o ente previdenciário já enquadrrou, como especial, os períodos de 01/08/1986 a 02/12/1998 e de 19/04/1982 a 16/06/1986, de acordo com o documento de fls. 146, restando, portanto, incontroversos.

Na espécie, questiona-se o período de 03/12/1998 a 01/12/2008, pelo que a antiga CLPS e a Lei nº 8.213/91, com as respectivas alterações incidem sobre o respectivo cômputo, inclusive quanto às exigências de sua comprovação.

A atividade especial deu-se no interstício de:

- 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008 - agente agressivo: 03/12/1998 a 30/06/1999, ruído de 92,5 db(A); de 01/07/1999 a 30/06/2001, ruído de 89,9 db(A); de 01/07/2001 a 30/06/2006 ruído de 86 db(A) e a partir de 01/07/2006 de 85,6 db(A), de modo habitual e permanente - perfil profissiográfico previdenciário (fls. 25/26).

A atividade desenvolvida pelo autor enquadra-se no item 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, item 1.1.5 do Anexo I, do Decreto nº 83.080/79 e item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 que contemplavam a atividade realizada em condições de exposição a ruídos excessivos.

Observe-se que, a questão do nível máximo de ruído admitido está disciplinada no Decreto

nº 53.831/64 (80dBA), em razão da manutenção de suas disposições, nas situações não contempladas pelo Decreto de nº 83.080/79.

Contudo, as alterações introduzidas na matéria pelo Decreto de nº 2.172, de 05/03/1997, passaram a enquadrar como agressivas apenas as exposições acima de 90 dBA. Tal modificação vem expressa no art. 181 da IN de nº 78/2002, segundo a qual “na análise do agente agressivo ruído, até 05/03/1997, será efetuado enquadramento quando da efetiva exposição for superior a oitenta dBA e, a partir de 06/03/1997, quando da efetiva exposição se situar acima de noventa dBA”.

A partir de 19/11/2003 o Decreto nº 3.048/99 alterado pelo Decreto nº 4.882/2003 passou a exigir ruído superior a 85 db(A), privilegiando os trabalhos permanentes nesse ambiente. Assim, o requerente faz jus ao cômputo do labor exercido em condições agressivas, nos interstícios mencionados, no entanto, indevida a conversão, já que o pedido é de aposentadoria especial.

Nesse sentido, destaco:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO.

É especial o período trabalhado em atividades classificadas como insalubres no D. 53.831/64 e no D. 83.080/79.

Comprovado o exercício de mais de 25 anos de serviço em atividades especiais, concede-se a aposentadoria especial.

Remessa oficial desprovida.”

(TRF - 3ª Região - REOAC 200560020003519 - REOAC - Remessa Ex Officio em Apelação Cível - 1241921 - Décima Turma - DJU data: 06/02/2008, pág.: 714 - rel. Juiz Castro Guerra)

É verdade que, a partir de 1978, as empresas passaram a fornecer os equipamentos de Proteção Individual - EPI's, aqueles pessoalmente postos à disposição do trabalhador, como protetor auricular, capacete, óculos especiais e outros, destinado a diminuir ou evitar, em alguns casos, os efeitos danosos provenientes dos agentes agressivos.

Utilizados para atenuar os efeitos prejudiciais da exposição a esses agentes, contudo, não têm o condão de desnaturar atividade prestada, até porque, o ambiente de trabalho permanecia agressivo ao trabalhador, que poderia apenas resguarda-se de um mal maior.

A orientação desta Corte tem sido firme neste sentido.

Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAS. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR. ATIVIDADE ESPECIAL. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO TÉCNICO. EPI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESCINDÍVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - (...)

VI - O uso de equipamento de proteção individual - EPI não descaracteriza a natureza especial da atividade, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos.

VII - O caráter insalubre ou perigoso da atividade exercida, por si só, autoriza que o período seja considerado como tempo de serviço especial para fins previdenciários, independentemente do direito trabalhista que o segurado possa ter à percepção do adicional correspondente.

VIII - Não faz jus o autor à aposentadoria por tempo de serviço, vez que não atinge o tempo mínimo necessário para a obtenção do benefício.

IX - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

X - Remessa oficial e apelação do réu parcialmente providas.”

(Origem: Tribunal - Terceira Região; Classe: AC - Apelação Cível - 936417; Processo: 199961020082444; UF: SP; Órgão Julgador: Décima Turma; Data da decisão: 26/10/2004; Fonte: DJU, Data: 29/11/2004, página: 397. Data Publicação: 29/11/2004; Relator: Juiz SERGIO NASCIMENTO).

Assentados esses aspectos, tem-se que o autor não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91.

Em face da inversão do resultado da lide, restam prejudicados os demais pontos do apelo autárquico.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com suas despesas, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos.

Pelas razões expostas, nos termos do artigo 557, § 1º-A, dou parcial provimento ao reexame necessário e ao apelo do INSS, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial, restringindo o reconhecimento do labor especial aos períodos de 03/12/1998 a 30/06/1999 e de 19/11/2003 a 06/11/2008. Fixada a sucumbência recíproca.

Tem-se que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao Código de Processo Civil ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, inocorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 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 julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página:412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Nesse sentido, destaco:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO PREVISTO NOS ARTS. 250 E 251 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ADESÃO DA EMBARGANTE AO REFIS - DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE EXTINÇÃO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 269, V, DO CPC - AUSÊNCIA DE RENÚNCIA EXPRESSA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Decisão que indeferiu pedido de extinção do feito, formulado pelo INSS com fulcro no art. 269, V, do CPC, sob o fundamento de que a embargante não renunciou expressamente ao direito sobre que se funda a ação.

2. Considerando que a extinção do feito, nos termos do art. 269, V, do CPC se consubstancia em julgamento de mérito, é necessário que haja renúncia expressa do direito em que se funda a ação, da parte autora, o que, na hipótese, não ocorreu.

3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto nos arts. 250 e 251 da Regimento Interno desta Corte Regional, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando, como no caso, bem fundamentada e sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

4. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - Apelação Cível nº 338444 - autos nº 96.03.073621-0-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 22.11.2006 - p. 154) - grifei

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO SUJEITA A RECURSO PRÓPRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 8º DA LMS.

1 - É incabível a concessão do writ contra decisão judicial sujeita a recurso próprio. O mandado de segurança não é sucedâneo recursal. Art. 5º, Lei nº 1.533/51. Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal.

2 - O entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça é no sentido de que em sede de agravo regimental não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator, quando bem fundamentada, e desde que ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

3 - Agravo regimental desprovido.

(TRF 3ª Região - Primeira Seção - Mandado de Segurança nº 171134 - autos nº 96.03.013348-5-SP - Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto - DJU 08.10.2002 - p. 324) - grifei

Assim, não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

APELAÇÃO CÍVEL
0042285-08.2013.4.03.9999
(2013.03.99.042285-2)

Apelante: MAURO BUENO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ITAPORANGA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA MELLO
Classe do Processo: AC 1925901
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - SENTENÇA *CITRA PETITA* - EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA QUANTO A UM DOS PEDIDOS - DESAPOSENTAÇÃO - DECADÊNCIA - DEVOLUÇÃO DOS VALORES - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I. Configurada hipótese de sentença *citra petita* quanto a parte do pedido. O parágrafo 1º do art. 515 do CPC, editado em atenção aos princípios processuais da economia processual e instrumentalidade, permite ao Tribunal o conhecimento integral da matéria, a apreciação e o julgamento de questões suscitadas e discutidas nos autos, mas não decididas por inteiro na sentença, no que a doutrina denomina sentença “*citra petita*”, não sendo necessária a anulação da sentença recorrida.

II. Quanto ao reconhecimento de coisa julgada na sentença prolatada, o próprio autor, em embargos de declaração à sentença e em apelação, não reiterou o pedido relativo à revisão do benefício que ora recebe, com o afastamento do fator previdenciário. Assim, a extinção sem resolução do mérito quanto a tal pedido deve ser mantida.

III - Ressalto apenas que o fundamento da ação ajuizada no Juizado Especial Federal de Sorocaba, que já transitou em julgado, objetivava o afastamento da incidência do fator previdenciário, pela sua inconstitucionalidade, e não por direito adquirido anteriormente ao requerimento, como consta do fundamento analisado na presente ação.

IV - De qualquer modo, mesmo mantida a extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido de aplicação do fator previdenciário, o interesse de agir quanto a tal tópico remanesce apenas quanto à condenação em litigância de má-fé, e quanto à revogação dos efeitos da gratuidade da justiça.

V - Desse modo, como os fundamentos aqui trazidos são diversos daqueles que embasaram a ação ajuizada no JEF/Sorocaba, reformo a sentença em tais tópicos, mantendo a gratuidade da justiça e excluindo da condenação a condenação em litigância de má-fé, não configurada, no caso.

VI - Quanto à desaposentação, o pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo que se falar em decadência. O STJ já decidiu a matéria em sede de recurso repetitivo, julgamento em 27/11/2013 (RESP 1348301).

VII - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema,

e não a compor fundo privado com contas individuais.

VIII - O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

IX - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

X - Não se trata de renúncia, uma vez que o(a) apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

XI - A desaposentação não se legitima com a devolução dos valores recebidos porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

XII - Pendente de análise pelo STF a questão constitucional, em sede de repercussão geral.

XIII - Apelação parcialmente provida para afastar a revogação da gratuidade da justiça e a condenação em litigância de má-fé.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO (Relatora):

Cuida-se de ação processada sob o rito ordinário, com pedido de desaposentação, proposta por MAURO BUENO, inscrito no cadastro de pessoas físicas do Ministério da Fazenda sob o nº 015.762.759-49, em face do INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

O autor tem por escopo obter benefício mais vantajoso.

Requer, inicialmente, a renúncia da aposentadoria por tempo de serviço percebida, e a concessão de aposentadoria por idade, sem o fator previdenciário. Pede sejam consideradas as contribuições vertidas antes, durante e após aposentar-se por tempo de serviço até a data em que completou 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mais precisamente em 03/07/2008. Condiciona o pedido à verificação do benefício mais vantajoso. Subsidiariamente, requer seja determinada a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria atualmente percebida, sem a utilização do fator previdenciário. Alega, em relação ao primeiro pedido, que possuía mais de 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, antes da instituição do fator previdenciário, o

que lhe daria direito à exclusão pretendida.

Com a inicial, juntou documentos aos autos.

Em contestação, o INSS trouxe aos autos a informação de que o autor já havia ajuizado ação anterior, no Juizado Especial Federal de Sorocaba, pleiteando a exclusão do fator previdenciário da aposentadoria ora percebida. Trouxe razões relativas à impossibilidade de efetivação da desaposentação.

O autor se manifestou quanto à contestação. Alegou que, “no presente caso, o afastamento do fator previdenciário baseia-se na idade do autor, ou seja, mais de 65 anos e portanto, detentor do direito da aposentadoria por idade, bem como, no fato de quando da entrada em vigor da lei que instituiu o fator previdenciário, o autor já detinha o direito de se aposentar, pois já detinha mais de 35 anos de contribuição aos cofres previdenciários”. No mais, sustentou a possibilidade de desaposentação.

A sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito, uma vez que configurada a coisa julgada, nos termos do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Condenou a parte autora ao pagamento das custas, demais despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento), incidente sobre o valor da causa atualizado. Em razão da litigância de má-fé, condenou o autor e seu advogado, solidariamente, ao pagamento, em favor da autarquia, de multa de 1% (um por cento) do valor da causa atualizado, bem como indenização de 20% (vinte por cento), também do valor da causa, em decorrência do dano processual, nos termos do art. 18, *caput*, e § 2º, do Código de Processo Civil. Em razão do uso abusivo, revogou a gratuidade da justiça anteriormente concedida.

Foram opostos embargos de declaração, ao argumento de que “o pedido na presente ação é diverso do que foi intentado na ação anterior, aqui se pretende a desaposentação, ou seja, o cancelamento da aposentadoria atual (por tempo de contribuição/serviço), para que seja implantada uma nova aposentadoria, qual seja, aposentadoria por idade, por ser essa, mais vantajosa ao autor”. Acrescenta que “na presente demanda se pleiteia a desaposentação, e não ao exclusão do fator previdenciário, e nem tampouco a revisão da RMI”.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O autor apelou, pleiteando a reforma integral da sentença, reiterando a inocorrência da coisa julgada, pois o pedido não é de revisão da renda mensal inicial da aposentadoria que ora recebe, e sim de renúncia de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com a implantação de nova aposentadoria, dessa vez por idade. Insurgiu-se quanto à condenação em pena de litigância de má-fé, e também quanto à revogação da gratuidade da justiça.

Decorrido *in albis* o prazo para apresentação das contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO (Relatora):

Primeiramente, verifica-se que a sentença é *citra petita*, deixando de analisar a questão da desaposentação.

Veja-se a lição do mestre Humberto Theodoro Júnior, *in* “Curso de Direito Processual Civil”, 40ª edição, 2003, Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 464-465:

A sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona a causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da qual lhe foi proposta, como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a *causa petendi*. É ainda *extra petita*, em face do art. 128, a sentença que acolhe, contra o pedido, exceção não constante da defesa do demandado, salvo se a matéria for daquelas cujo conhecimento de ofício pelo juiz seja autorizado por lei (exemplo art. 267, § 3º).

(...)

O defeito da sentença *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460).

A nulidade é então, parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que ao julgar o pedido da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido.

(...)

A sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes.. (grifo nosso)

(...)

Cumpre citar que o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz nulidade da sentença, porque o tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil.

Evidente, portanto, que não obstante a existência de vício no julgado recorrido, não se trata de hipótese que exija a anulação da sentença, pois possível a retificação do equívoco nesta instância recursal, o que atende os princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo. Além disso, o próprio autor, em apelação, pleiteou o julgamento do mérito relativamente a tal período, não levantando a hipótese de eventual anulação.

No mais, quanto à alegação de coisa julgada, verifico que o próprio autor, em embargos de declaração à sentença e em apelação, não reiterou o pedido relativo à revisão do benefício que ora recebe.

Assim, a extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido referenciado deve ser mantida.

Ressalto apenas que o fundamento da ação ajuizada no Juizado Especial Federal de Sorocaba, acobertada pela cláusula do trânsito em julgado, objetivava o afastamento da incidência do fator previdenciário, pela sua inconstitucionalidade, e não por direito adquirido em momento antecedente ao requerimento, como consta do fundamento analisado na presente ação.

De qualquer modo, mantida a extinção sem resolução do mérito quanto ao pedido de aplicação do fator previdenciário, pela inconstitucionalidade, nem todos os pedidos devem ser extintos. Remanescem o interesse de agir quanto à data de incidência do fator previdenciário, no que pertine à condenação em litigância de má-fé, e no que alude à revogação dos efeitos da gratuidade da justiça.

Como os fundamentos aqui trazidos são diversos daqueles que embasaram a ação ajuizada no JEF/Sorocaba, reformo a sentença em tais tópicos, mantendo a gratuidade da justiça. Excluo da condenação a imposição oriunda de litigância de má-fé, não configurada, no caso.

No mais, passo à análise do pedido de desaposentação, uma vez que o INSS já contestou a matéria.

Não há que se falar em decadência ou em prescrição. O prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação dada pelas Leis 9.528/97, 9.711/98 e 10.839/2004, incide somente para os pedidos de revisão do ato de concessão do benefício, o que não é o caso dos autos. A prescrição, nas relações jurídicas de natureza continuativa, não atinge o fundo do direito, mas apenas as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação. É o que se extrai do verbete de nº 85 do STJ. Referido Tribunal já decidiu a matéria em sede de recurso repetitivo, julgamento em 27/11/2013 (RESP 1348301).

O raciocínio desenvolvido pela parte apelante é simples e assim pode ser resumido: como venho contribuindo para o sistema, mesmo depois de aposentado, tenho o direito a considerar essas novas contribuições, ainda que, para isso, tenha de renunciar ao benefício atual, fazendo-o com posterior requerimento, perante o RGPS - Regime Geral da Previdência Social.

Talvez o raciocínio pudesse ser empregado se estivessemos diante de regime de previdência de capitalização, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base em tais contribuições.

Contudo, não foi esse o sistema de previdência adotado pelo constituinte de 1988, pois que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Basta constatar as disposições dos arts. 194 e 195 da Constituição Federal, desde sua redação original.

Não há espaço para imaginar que as contribuições vertidas pelos segurados seriam destinadas à composição de cotas a serem utilizadas, posteriormente, em uma eventual aposentadoria.

O fato de o sistema prever o cálculo do benefício segundo a média salarial percebida pelo segurado, denominada salário-de-benefício, em momento antecedente ao requerimento do benefício ou ao afastamento da atividade reflete mera escolha do legislador. É o que se extrai da leitura do art. 29, da Lei nº 8.213/91. Para tanto, basta observar que, para os servidores públicos, foi prevista sistemática diversa, com base na última remuneração, se observados os pressupostos.

Nesse contexto é que se insere o art. 18, § 2º, da Lei 8213/91, que, em todas as suas redações, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados:

Art.18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2 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.

Por isso, não se pode nem mesmo cogitar do pagamento de qualquer benefício que não os ali elencados, e, muito menos, de levar o período laboral utilizado para a concessão do benefício no RGPS para regime diverso.

O tema relativo às contribuições vertidas ao sistema após a aposentação foi levado à apreciação do STF por ocasião do julgamento da ADI 3105-DF, em que se apreciou a constitu-

cionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos de que tratou a EC 41/2003. Segue a ementa:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

(Tribunal Pleno, ADI 3105 / DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ o Acórdão Min. CEZAR PELUSO, julgamento 18/08/2004, DJ 18-02-2005)

O que se questionava, dentre outros pontos, era a possibilidade de instituição de contri-

buições previdenciárias sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos se tais servidores jamais seriam beneficiados por elas - nas palavras do Min. Marco Aurélio: “contribuições para o ALÉM”.

Concluiu-se que, dentro do sistema previdenciário eleito pelo constituinte, os servidores inativos, por integrarem a sociedade, não poderiam invocar o direito de não contribuir, pois suas contribuições destinavam-se, também, a financiar todo o sistema, razão pela qual a exação foi tida por constitucional.

Embora não se trate, aqui, de contribuições incidentes sobre aposentadorias, o raciocínio a ser empregado é o mesmo, pois que, no passado, após a jubilação, o aposentado por tempo de serviço que permanecesse em atividade sujeita ao RGPS só tinha direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (arts. 18 e 81, II, da Lei 8213/91). Com a extinção de tal benefício, pela Lei 8870/94, passou a ter direito somente ao salário-família e à reabilitação profissional. De modo que, com o seu retorno à atividade, suas contribuições passaram a financiar todo o sistema, não se destinando ao incremento de sua aposentadoria no RGPS ou ao acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência.

Pela clareza do posicionamento, transcrevo parte do voto do Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão:

...

Sem avançar compromisso quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das modificações impostas, sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, *caput*, da Constituição da República.

15. Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.

Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/93 e nº 20/98, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/93, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/93), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/98.

A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de “Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth”, de 1994, já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:

“O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, mas suas manifestações são diferentes nas diversas partes do mundo. Na África e em regiões da Ásia, os idosos compõem pequena parcela da população e há muito têm sido amparados por largas medidas familiares, cooperativas de ajuda mútua e outros mecanismos informais. Planos formais que envolvem o mercado ou o governo são rudimentares.

Mas, assim como a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em conseqüência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. Para atender a essas novas necessidades, vários países asiáticos e africanos estudam mudanças fundamentais no modo com que provêem à seguridade social do idoso. O desafio é mudar para um sistema formal baseado

na chamada garantia de renda, sem acelerar o declínio dos sistemas informais e sem trazer ao governo mais responsabilidades do que possa suportar.

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corroesse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há quinze anos, reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. Países membros da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) enfrentam problemas semelhantes, estagnadas, que se encontram, a idade de suas populações e sua produtividade. Programas públicos de seguridade social que cobrem praticamente toda a população têm pago elevados proventos de aposentadorias durante as últimas três décadas de prosperidade, enquanto a pobreza se reduziu mais rápido entre os idosos que entre os jovens. Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se.

Tais modelos de seguridade social podem, ademais, desencorajar o emprego, a poupança, e o capital produtivo, contribuindo desse modo para estagnação da economia. Muitos países da OECD parecem inclinar-se para adoção de sistema que combine planos de pensão públicos, - destinados a atender às necessidades básicas, com planos privados de pensão ou programas pessoais de poupança, para satisfazer às cada vez mais elevadas exigências das classes média e alta. O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo.

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (ratio iuris) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

16. Conforme já notamos, a vigente Constituição da República, moldou um sistema de seguridade social baseado nos objetivos ou princípios capitulados no art. 194, § único, que reza: “I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

O art. 195, *caput*, firmou outro princípio sistemático fundamental, agora para definição do alcance das fontes de custeio, preceituando que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta”, e, no § 5º, editou a chamada regra de contrapartida, que dispõe: nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

O art. 40, *caput*, com a redação dada pela EC nº 41/2003, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, regime previdenciário de “caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

E o art. 4º da EC nº 41/2003 impôs aos inativos e pensionistas, em gozo de benefícios à data de sua publicação, a obrigação de contribuir para o custeio do regime de que trata aquele art. 40. Mas arguem, em suma, os requerentes que seria inválida tal imposição, e sua invalidez decorreria da ausência de causa suficiente para a contribuição (i), de ofensa ao direito adquirido (ii) e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (iii), de bitributação em relação ao imposto de renda (iv) e de lesão ao princípio da isonomia (v).

17. Abstraída a demonstração, anterior e exaustiva, da sua substancial fraqueza retórica, os três primeiros argumentos (i, ii e iii) enganam-se ainda ao pressupor ao regime previdenciário constitucional, como premissa indisfarçável do raciocínio, um cunho eminentemente capitalizador e contributivo, entendido segundo a matriz da relação jurídica de direito privado, de perfil negocial ou contratual, que é domínio dos interesses patrimoniais particulares e disponíveis.

Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, direito adquirido, ou adquirido direito subjetivo a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentais interesses públicos ou coletivos.

18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade.

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.

Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC nº 3/93 os servidores ativos não contribuía, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/2003.

Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio eqüitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.

Os elementos sistêmicos figurados no “tempo de contribuição”, no “equilíbrio financeiro e atuarial e na ‘regra de contrapartida’ não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição”.

Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7º da EC nº 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, importa, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da moeda.

Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário.

19. O art. 3º da Constituição tem por objetivos fundamentais da República: “i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma eqüitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.

Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois, o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto.

20. No caso, relevam apenas os limites quanto à sujeição passiva.

Quanto aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, a Constituição delimita-lhes, ainda que de forma indireta, os fatos geradores e os sujeitos passivos possíveis, ao predefinir as respectivas materialidades nos arts. 145, II, III, 153, 155 e 156.

Em relação aos empréstimos compulsórios e às outras contribuições, traça-lhes apenas finalidades vinculantes, mediante outorga de competência à União para instituir os primeiros com o fito de “atender a despesas extraordinárias” (art. 148, I) e a “investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (art. 148, II), e, as segundas, para fins “de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas” (art. 149, *caput*).

E, no que concerne às contribuições sociais, em cuja classe entram as contribuições previdenciárias, a Constituição lhes predefine algumas materialidades, com especificação do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo, reservando competência à União para instituir “outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I” (art. 195, § 4º). Às demais contribuições limita-se a apontar a finalidade, a destinação e o regime jurídico, sem explicitar os fatos geradores nem os sujeitos passivos, os quais serão, pois, identificados dentre aqueles que guardem nexos lógico-jurídico com a finalidade constitucional do tributo.

21. Como se vê, o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas.

O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuida. Ao propósito, acentua a doutrina:

“Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos, este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.

Se alguém perguntar: por que pagam-se impostos? Eu responderia que pagam-se impostos porque alguém manifesta capacidade contributiva e, por isso, pode arcar com o ônus fiscal. Por que paga-se taxa? Paga-se taxa porque o contribuinte usufrui de certa atividade estatal ou recebe certa prestação, daí a idéia de contraprestação. E, por que paga-se contribuição? Paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada, a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente, e assim por diante. Alguém ‘faz parte’, alguém ‘participa de’ uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem.

O critério apóia-se numa qualidade (= fazer parte) e não numa essência (= fato determinado) ou utilidade (= benefício/vantagem).” (MARCO AURÉLIO GRECO, Contribuições, ..., p. 83). Com as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, tem-se a existência teórica de três grupos de sujeitos passivos da contribuição previdenciária: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentaram após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentaram, tudo após a publicação da Emenda.

Os do primeiro grupo aposentaram-se, de regra, com vencimentos integrais; os do segundo grupo, numa fase de transição, também poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as normas do art. 6º da EC nº 41/2003; e os componentes do terceiro grupo poderão, no caso do § 14 do art. 40 da Constituição, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo sócio-econômico, conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessa-lhes sobremodo a manutenção do sistema.

A circunstância de estarem aposentados não lhes retira de per si a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14) receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos, com abstração do montante dos vencimentos percebidos à época da aposentadoria. E, porque os servidores só entraram a contribuir desde a Emenda Constitucional nº 3/93, existem, ou podem existir, servidores agora inativos com proventos equivalentes à última remuneração, sem nunca terem contribuído para o custeio do sistema.

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição equitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria des-

proporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

O caráter contributivo e solidário da previdência social impede tal distorção, que afrontaria ainda o princípio da “equidade na forma de participação de custeio”, objeto do art. 194, § único, IV, da Constituição da República.

Conforme se vê, as contribuições vertidas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e em aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

“Renúncia”, no caso, é a denominação utilizada para contornar o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Todavia, não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, almeja, em verdade, trocar o que recebe por outro mais vantajoso.

Ademais, que renúncia é essa em que não se cogita de devolução de tudo o que foi recebido a título de aposentadoria por tempo de serviço?

Ainda que o autor manifeste interesse em devolver os valores dos proventos da aposentadoria que vem recebendo, o pedido não poderia ser atendido. A ausência de previsão legal obsta a referida devolução. Isso porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. O apelante fez as opções erradas - ou certas, segundo o raciocínio que empreendeu à época em que requereu a aposentadoria. Não pode, agora, pleitear que toda a coletividade arque com o pagamento de benefício para o qual não há suporte legal e, muito menos, fonte de custeio.

A adoção da tese defendida pelo apelante poderá levar a situações em que todo segurado do RGPS, potencialmente, todos os anos comparecerá ao Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, pois com a incidência do fator previdenciário sobre a média salarial, a cada ano trabalhado poderá fazer incidir sobre o mesmo a sua idade - mais avançada - e o novo tempo de contribuição - mais um ano.

O sistema previdenciário brasileiro tem se orientado no sentido de evitar a aposentadoria precoce, pois que isso vem exigindo enorme carga de contribuições da sociedade.

No caso das aposentadorias por tempo de serviço, a alternativa encontrada foi a de diminuir, drasticamente, o valor do benefício, pois isso põe o segurado a pensar se vale a pena pleitear o benefício prematuramente em troca de uma inatividade com poucos recursos.

Ora, se o objetivo sempre foi esse, qual seria a lógica da desaposentação? Conceder a desaposentação equivaleria a permitir exatamente o contrário, estimulando o aproveitamento do tempo de serviço laborado após a aposentação, para fins de incremento do valor do benefício, ao argumento de ausência de proibição legal/constitucional.

A se admitir tal tese, estaria consolidada, definitivamente, a autorização para a aposentadoria precoce, pois que nenhum trabalhador abriria mão de se aposentar mais cedo,

recebendo de duas fontes - uma, pública: a aposentadoria; e a outra, privada: os salários da empresa; ou, no caso de servidor público, da remuneração do cargo ocupado -, pois que teria direito de acrescentar mais tempo de serviço àquele que considerou por ocasião da concessão do benefício originário.

E isso funcionaria em qualquer regime. No RPPS - Regime Próprio de Previdência Social, com o cancelamento do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral), concedido no âmbito do RGPS, e expedição de certidão de tempo de serviço laborado em tal regime para averbá-lo junto ao ente público estatal. No RGPS - Regime Geral de Previdência Social, afastando o coeficiente de cálculo da aposentadoria proporcional ou, mesmo o fator previdenciário, importantes limitadores do salário de benefício e, consequentemente, do valor da renda mensal da aposentadoria. Tudo isso com enorme aumento do passivo do sistema sem qualquer autorização legal, em manifesta contrariedade ao que dispõe o art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

Dir-se-á que a norma é destinada aos legisladores, mas como extrair da legislação autorização de novo cálculo do benefício, com nova contagem de tempo de serviço posterior ao jubileamento sem qualquer previsão legal, mínima que seja?

Ou se dirá, ainda, que tal interpretação decorre do sistema. Mas, é precisamente a interpretação sistemática do ordenamento jurídico que conduz à conclusão da impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, pois que o único benefício pecuniário que era permitido - o pecúlio - foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias por tempo de serviço, concedidas prematuramente, têm sido cada vez menores por conta da incidência do fator previdenciário, que levam em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.

Por outro lado, se a desaposentação é permitida por nosso sistema previdenciário, qual o número de vezes em que o obreiro poderá pleiteá-la?

Sim, porque quem pleiteia uma vez, poderá fazê-lo um sem número de vezes até se aposentar compulsoriamente. E com amplo interesse, pois com a incidência, hoje, do fator previdenciário - que, como ressaltado, leva em conta, na sua fixação, fatores como o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida, -, a cada mês que passa, o obreiro poderá pleitear novo recálculo do valor do benefício, objetivando, sempre, a melhor prestação. Tudo isso sem nenhuma disciplina legal, ocasionando ampla insegurança jurídica ao ente previdenciário que, quando pensava ter, finalmente, cumprido a sua missão constitucional - atender à contingência constitucionalmente protegida - nova contingência (!?) é reclamada.

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício. Faz-se necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

Façamos uma conta rápida - sem considerar a inflação presente no sistema -, de um indivíduo que começa a contribuir aos 18 (dezoito) anos de idade, por 35 (trinta e cinco) anos, sobre R\$ 1.000,00 (um mil reais), a uma alíquota de 11%. Veremos que, ao final do período terá acumulado uma reserva de R\$ 46.200,00 (quarenta e seis mil e duzentos reais), que será suficiente à cobertura de pouco mais de 46 (quarenta e seis) meses de aposentadoria pelo mesmo valor de referido salário-de-contribuição - R\$ 1.000,00 (um mil reais). E o restante do período, quem irá custeá-lo? Daí a importância das demais fontes de financiamento - dentre

elas as contribuições vertidas após a jubilação.

Antes da Lei nº 8.870/94, para estimular a formalização do emprego para os aposentados que retornavam à atividade, era prevista a devolução das contribuições sob a forma de um pecúlio. Contudo, tal benefício foi extinto sem que se previsse, legalmente, qualquer outra forma de compensação em decorrência de tal extinção, tudo a demonstrar que o sistema está cada vez mais necessitando de recursos para financiar o pagamento dos necessitados de proteção social. Resultou do exposto a instituição do fator previdenciário, cujo principal objetivo é retardar o momento da aposentadoria.

Ora, se, para a instituição de um fator inibidor da aposentação foi necessária a intervenção do legislador, o que se dizer de um fator estimulador? Sim, porque, permitida a desaposestação, sem a exigência de idade mínima, permissão para a contagem de tempo de serviço desde tenra idade, dentre outros fatores estimuladores, não haverá espaço - administrativa e judicialmente - para tantos pedidos de desaposestação.

Tem-se sustentado que não se podem admitir contribuições por parte do segurado sem uma contraprestação por parte do ente segurador. O tema foi analisado no julgamento acima mencionado, agora nas palavras do Min. Eros Grau:

...

18. O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado.

É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado.

19. O segundo aspecto diz com a afirmação de que, embora a contribuição seja um tributo, *sua incidência sobre aposentadorias e pensões importaria quebra de sinalagma.*

Não é porém correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático.

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

...

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

Essa ligação funcional entre as duas prestações - que assume relevância tanto no momento da conclusão do contrato [sinalagma genético] quanto no momento da sua execução [sinalagma funcional] - *é típica dos contratos onerosos*, nos quais, na dicção de MOTA PINTO, “cada uma das prestações ou atribuições patrimoniais é o correspectivo (a contrapartida) da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente.

Mas o sinalagma não significa real e objetiva equivalência entre prestação e contraprestação, sendo possível - ainda a dicção de MOTA PINTO - a “falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais”. E prossegue: “no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem”.

Efetivamente como observa SERPA LOPES “nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)”. *Não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.*

20. *Pois é certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se em situação de dever. Não é titular de quaisquer direitos no bojo dessa relação, cujo outro pólo é ocupado pelo aposentado ou pelo pensionista.*

A relação previdenciária decorre da lei, sem querer [=vontade] a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Mas não há sinalagma a justificá-la. Sinalagma é liame entre obrigação e obrigação. Não há, nem pode haver, sinalagma entre dever e obrigação.

O Estado, nessa relação, está vinculado pelo dever de pagar aposentadorias e pensões, nos termos da lei. Não cumpre prestação, no sentido obrigacional, próprio à teoria geral dos contratos. O conteúdo das prestações, na relação previdenciária, é conformado pela lei.

Sem penetrar considerações atuariais - cuja veracidade, de resto, é de ser presumida - anoto que o Estado está vinculado pelo dever de pagar aquelas aposentadorias e pensões, dele não sendo possível exigir-se o impossível.

21. *Além de tudo, a atribuímos caráter contratual à relação previdenciária - e o faço apenas para argumentar, visto que ela, relação previdenciária, não decorre de nenhum ato de vontade, mas da lei - seríamos compelidos a, nas circunstâncias de fato presentes, cogitar da sua revisão, o que nos conduziria a indagar do rompimento ou não rompimento do equilíbrio econômico da relação.*

Isso não seria, no entanto, admissível em ADI.

Ainda assim lembro aqui voto do Ministro PAULO BROSSARD na ADI 493 - o ato jurídico perfeito cederia diante da teoria da imprevisão. Palavras do Ministro BROSSARD: “É interessante que a velha cláusula medieval da ‘rebus sic stantibus’ tivesse sido, ‘redescoberta’ em 1.912, por um jovem jurista italiano, OSTI (...)”, cuja evolução autoriza a modificação substancial de cláusulas de contratos em pleno vigor, de atos jurídicos perfeitos.

Ademais, como observa FRANZ NEUMANN, nenhum sistema social, nem mesmo o mais conservador, no sentido literal do termo, pode apenas conservar, pois até mesmo para tanto será preciso mudar.

22. *Vê-se para logo, assim, que a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária não é sustentável.*

Estamos diante de tributo cujo fato gerador é a percepção de determinada parcela de proventos e pensões. E, vimos acima, a percepção do benefício pode perfeitamente ser eleita pelo direito como sua hipótese de incidência.

O paralelo entre sistema estatutário [ativos versus inativos] e sistema previdenciário [contribuintes versus beneficiários] não me parece adequado, salvo se o regime do segundo não pudesse ter sido alterado. Como isso pode se dar - pois não há direito adquirido a regime jurídico - o paralelismo perece.

A contribuição tem de ser considerada no quadro dessa relação, à qual a lei - e mais ainda emenda constitucional - aplica-se imediatamente.

A propósito, retornando a CELSO ANTÔNIO, diz ele ser nítida a “imediata aplicação das modificações [inclusive de ordem tributária, completo eu, na linha de pensamento do eminente professor da PUC de São Paulo] que incidam sobre as situações gerais”.

23. - *Passo a outro capítulo, no qual a afirmação de que o § 5º do artigo 195 da Constituição ensinaria a conclusão de que a instituição de nova exação previdenciária apenas se justificaria desde que estabelecido novo benefício. No julgamento da ADI 2.01 foi dito que “[s]em causa eficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício”.*

O raciocínio, contudo, não procede no regime instalado pelo artigo 195, caput da Constituição, de caráter contribuinte [contributivo] e solidário.

24. - O artigo 195 da Constituição do Brasil dispõe que “a seguridade será financiada por toda a sociedade ...” e o § 5º desse artigo apenas impõe ao legislador a vedação de ser criado, majorado ou estendido benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Esta não é a hipótese. O benefício (da aposentadoria) já está criado.

O que se tem - isso poderia ser dito - é a instituição de outra fonte de custeio para garantir a manutenção de benefício da seguridade [para o que era exigido apenas lei complementar - artigo 195, § 4º).

Os benefícios da previdência social estão previstos no capítulo da Seguridade Social, que - repita-se - é financiada por toda a sociedade. Não há, em qualquer das disposições veiculadas pelo artigo 201, nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer benefício previdenciário - auxílio-reclusão, etc. - deixaria de ser exigida qualquer contribuição.

Por outro lado, o fato de ser assegurado o direito à inativação remunerada somente após longo período de contribuição não significa exaurimento da obrigação de contribuição para a seguridade social, dado que o servidor, por haver se aposentado, não está excluído da fruição de outros benefícios previdenciários mantidos pela seguridade social.

O artigo 201, § 7º ao conjugar contribuição e idade, somente deixou assente a partir de que momento estava assegurada a aposentadoria - apenas fixou os requisitos a serem atendidos para que o servidor possa aposentar-se. Em nenhum momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele seria titular de direito a não mais contribuir. Isso é bem nítido também. Ademais, é bem sabido que a aposentadoria é apenas um dos benefícios da previdência social.

25. *O raciocínio que estou a recusar parte de uma leitura invertida do preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição do Brasil, visto que a correlação presente neste dispositivo tem apenas uma via, ou seja, a de que nenhum benefício será instituído sem fonte de custeio. Insisto em que a interpretação a contrario sensu só teria sentido em um sistema exclusivamente contributivo. E que não há, no texto constitucional, menção à situação inversa, no sentido de que a cada contribuição criada deva corresponder um benefício específico. De mais a mais e neste passo retorno ao quanto anteriormente observado - não é admissível a instalação de sinalagma na relação previdenciária, o que estaria sendo pretendido mediante a prática dessa leitura. Isso assim não pode ser, salvo se pretendêssemos voltar ao passado, para reproduzir o debate já aquietado na doutrina e na jurisprudência - a propósito da natureza da relação de emprego público, com opção pela teoria contratual, há muito vencida pela teoria estatutária [ver, por todos, RE 20.988/SP].*

Lembre-se que o servidor, ao aposentar-se, não perde o vínculo que o jungia, enquanto ativo, à Administração, eis que é dela (federal, estadual ou municipal) que sairão os recursos para pagá-lo.

Essa vinculação é transferida para o pensionista, estando positivada na Constituição de 1.988 na medida em que ela define que os proventos de aposentadoria e as pensões não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (Constituição do Brasil, artigo 40, § 2º; veja-se a EC 20/98). A contribuição exigida do servidor em atividade é condição de sua aposentadoria, bem assim da pensão por morte devida aos seus dependentes. Os proventos de sua aposentadoria estão sujeitos ao teto de vencimentos fixado para a Administração Pública em geral (artigo 40, § 11) e a pensão por morte do servidor não poderá ser superior à remuneração percebida pelo de cujus (artigo 40, § 2º).

26. - Insisto em que essas relações decorrem da lei e não de qualquer ato de vontade, como observam os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO nos arestos acima mencionados. (...).

Adaptando as palavras do ministro ao caso concreto, as contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a aposentação são tributos cujo fato gerador é a percepção de salários, no caso do RGPS - Regime Geral de Previdência Social, ou remuneração, no caso do RPPS - Regime Próprio de Previdência Social, não se podendo opor a tal relação jurídica compulsória à ausência de contraprestação. Isto faria sentido num regime exclusivamente contributivo, caracterizado pela incidência do princípio da solidariedade, tantas vezes aqui citado.

Observe-se que o ministro ainda alude a outro fundamento constantemente manejado para afastar a incidência de contribuições, qual seja, a ausência de causa eficiente. A instituição de nova exação previdenciária somente se justificaria desde que estabelecido novo benefício, que, no caso em apreço, seria uma aposentadoria mais encorpada, mediante a aplicação da teoria da desaposentação. Contudo, lembra que, no julgamento da ADI 2010, tal fundamento foi devidamente afastado, pois, no regime de previdência implantado pelo constituinte de 1988, de caráter contributivo e solidário, não se exige, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

Aos defensores da teoria da desaposentação impressiona o fato de serem efetuadas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte. Daí defenderem a renúncia ao benefício e imediata concessão de outro, da mesma espécie, com acréscimo de tempo de contribuição, idade e novos salários-de-contribuição.

O tema foi exaustivamente apreciado pelo STF, no julgamento acima citado. Cumpre transcrever os fundamentos expostos pelo Min. Gilmar Mendes:

Sem dúvida, a redação dada ao *caput* do art. 40 pela Emenda 20 assegurou aos servidores regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa imposição é reproduzida no *caput* do art. 201 da Constituição. O princípio do “equilíbrio financeiro e atuarial” contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn's 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.

Com efeito, existem evidentes limites factuais e normativos para a elevação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores em atividade. Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios.

...

Outro argumento que se coloca é da chamada “causa suficiente”.

O Ministério Público Federal reproduz, em seu parecer, argumento no sentido de uma alegada ausência de causa suficiente para a instituição da contribuição dos inativos. Para tanto, arrima-se em trecho da decisão proferida por esta Corte na ADI 2010, em que se teria assentado que “sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição

da seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício”.

Em primeiro lugar, não se afigura correta simples extensão desse entendimento firmado na ADI 2010, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício. Não se nega, obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na idéia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiários, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a idéia básica e o princípio de natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí *não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus*. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislador constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter esse amparo constitucional.

Isto porque, a par do caráter contributivo, vigora o princípio da solidariedade. Nesse sentido o preciso ensinamento de Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos, *verbis*:

“Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à idéia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras.

Pois bem: *o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na idéia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte.*

A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence: Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico, contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

Contribuição social é um tributo fundado solidariedade social de todos para financiar atividade estatal complexa e universal, como é a seguridade.”

Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário. Daí não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema. Tal fato obviamente sequer desnatura o que é peculiar à contribuição previdenciária, qual seja a vinculação dos seus recursos à manutenção do regime de previdência, com a solvabilidade do sistema e, em última instância, com a capacidade econômica do sistema em honrar os benefícios previdenciários. Tal situação, por certo, jamais poderia ser confundida com a do imposto de renda.

Não vejo, portanto, qualquer razão para que seja estabelecida uma restrição absoluta à instituição para a contribuição dos inativos, tendo em vista esta alegada inexistência de causa suficiente.

(...).

Conforme se extrai dos fundamentos, o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, mas se baseia na solidariedade, cujo motor principal é a participação de toda a coletividade no financiamento do sistema, o que afasta a necessidade de correspondência entre custeio e benefício, próprio dos sistemas eminentemente contributivos.

O STJ, em sede de recurso repetitivo, julgou o REsp 1334488, em 08/05/2013:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à 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.

Após a oposição de dois embargos de declaração do julgado, a questão restou assim assentada:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1. Trata-se de segundos Embargos de Declaração contra decisão proferida em Recurso Especial

- submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que estabeleceu 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”, ocasião em que o Relator, Min. Herman Benjamin, ressaltou seu entendimento pessoal.
2. A Primeira Seção acolheu parcialmente os primeiros Embargos de Declaração para determinar 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”.
 3. Esta Seção desproveu o recurso da autarquia com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.
 4. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional (arts. 5º, XXXVI; 195, *caput* e § 5º; e 201 da CF) em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
 5. Embargos de Declaração rejeitados.

Como se verifica à simples leitura do acórdão relativo aos segundos embargos de declaração opostos (item 4), resta ainda analisar a questão constitucional, pendente de julgamento no STF, em sede de repercussão geral. Referida análise é pressuposto de aplicabilidade do julgamento do recurso repetitivo que, ademais, não transitou em julgado.

Ante o exposto, analisado também o pedido de desaposentação por força da faculdade prevista no parágrafo 1º do art. 515 do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para afastar a revogação da gratuidade da justiça e a condenação em litigância de má-fé.

Refiro-me à ação cujas partes são MAURO BUENO, inscrito no cadastro de pessoas físicas do Ministério da Fazenda sob o nº 015.762.759-49, e o INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

É o voto.

Juíza Federal Convocada VANESSA MELLO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0018174-23.2014.4.03.9999

(2014.03.99.018174-9)

Agravante: ALINE DAIANA BENSI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: ALINE DAIANA BENSI

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DOIS CÓRREGOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: AC 1978951

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. SALÁRIO-MATERNIDADE. EMPREGADA URBANA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO LABORAL POR HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. QUALIDADE DE SEGURADA NÃO DEMONSTRADA. IMPROVIMENTO.

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. Para comprovação da qualidade de segurada à época do nascimento, a autora apresentou cópia de sua CTPS, com anotação decorrente de reconhecimento de vínculo laboral por homologação de acordo na Justiça do Trabalho. Observo que tal período não pode ser reconhecido para os fins de manutenção da qualidade de segurada, uma vez que a anotação em CTPS foi feita de forma extemporânea, por força de sentença meramente homologatória de acordo entre a parte autora e a empresa perante a justiça do trabalho (fls. 13/15), o que não se admite para fins de concessão de benefício previdenciário, pois o labor não restou demonstrado no curso de procedimento desenvolvido sob o crivo do contraditório.

3. Logo, considerando que a parte autora não mais detinha a qualidade de segurada no momento do nascimento de sua filha, considera-se indevido o benefício pleiteado.

4. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

5. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto pela autora em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que o relator, ao decidir monocraticamente, não o fez com acerto, ao argumento de que restaram comprovados os requisitos para a obtenção do benefício pretendido.

Este o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-*caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observe que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

O artigo 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.

Inicialmente, a tese de ilegitimidade passiva do INSS deve ser afastada, eis que o artigo 72, § 1º, da Lei 8213/91, determina que ainda que o empregador pague o salário-maternidade, ele terá direito a compensação, portanto, ao final, a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade é do INSS.

“Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação dada pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º. Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.” (Incluído pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

Sobre o tema, trago à colação o seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. SALÁRIO-MATERNIDADE TRABALHADORA RURAL. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. SEGURADA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. CONTRIBUIÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRÉ-QUESTIONAMENTO. (...)

2. Não merece subsistir a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo INSS, porquanto embora a prestação relativa ao benefício seja paga pelo empregador, este tem o direito à compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários da empregada (art. 72, § 1º, da Lei nº 8.213/91). Logo, tem-se que o encargo proveniente do salário-maternidade é suportado pela Autarquia.

3. O direito à percepção do salário-maternidade é assegurado pela Constituição Federal, no art. 7º, inc. XVIII, e pelo art. 71 da Lei nº 8.213/91.

4. A trabalhadora rural faz jus ao salário-maternidade, nos termos da legislação em vigor à época do parto, que ocorreu em 11.12.03.

5. Deve ser reconhecido o trabalho rural amparado em início de prova material devidamente corroborado por prova testemunhal coerente e uniforme (Súmula nº 149 do STJ).

7. Não há necessidade de recolhimento de contribuição pelos rurícolas, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural.

8. Os honorários advocatícios foram arbitrados de forma a remunerar adequadamente o profissional e estão em consonância com o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, devendo ser mantida a r. sentença nesse sentido.

9. Inocorrência de violação aos dispositivos legais objetados no recurso a justificar o pré-questionamento suscitado em apelação

10. Matéria preliminar rejeitada e apelação, no mérito, não provida.”

(AC 00122382720084039999 AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1290211 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO. TRF3. SÉTIMA TURMA-e-DJF3 2 DATA: 04/02/2009 PÁGINA: 663)

No mais, o salário-maternidade consubstancia benefício previdenciário a que faz jus a segurada gestante, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, nos termos do artigo 71 da Lei nº 8.213/91.

A Lei nº 10.421/02 acrescentou à Lei nº 8.213/91 o artigo 71-A, que estendeu o benefício à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, observadas as condições e prazos especiais previstos no referido dispositivo.

Hodiernamente, as disposições relativas ao salário-maternidade estão disciplinadas nos artigos 71 a 73, da Lei nº 8.213/91, bem assim nos artigos 93 a 103, do Decreto nº 3.048/99, normas infraconstitucionais que cumprem o escopo do legislador constituinte contido no artigo 201, inciso II, da Constituição Federal, de forma a assegurar que os planos da previdência social atendam a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Nessa esteira, o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988 conferiu à licença-maternidade, bem como ao salário-maternidade, *status* de direito fundamental, ao dispor:

“Art.7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

O artigo 71 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99, confere o direito ao salário-maternidade a todas as seguradas da Previdência Social, com inclusão da contribuinte individual (autônoma, eventual e empresária) e da facultativa.

Na redação original do referido dispositivo, tão somente a empregada, urbana ou rural, a trabalhadora avulsa e a empregada doméstica faziam jus ao benefício em comento.

A partir da edição da Lei nº 8.861/94, a segurada especial passou a integrar o rol das beneficiárias estabelecendo, em casos tais, o valor de um salário mínimo, desde que comprovado o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício, nos moldes do parágrafo único do artigo 39 do referido diploma legal.

Cumprir destacar que o prazo de 90 (noventa) dias depois do parto para requerer o salário-maternidade, previsto no parágrafo único, do artigo 71 da Lei nº 8.213/91, outrora revogado pela Lei nº 9.528/97, refere-se tão somente às empregadas domésticas e seguradas especiais, não existindo para a segurada empregada rural qualquer óbice temporal para postular o benefício.

A autora pleiteia o salário-maternidade na qualidade de empregada urbana, ante a gravidez e nascimento da filha Alicia Vitória Bensi, em 06/04/2013 (fl. 20).

In casu, para a comprovação da qualidade de segurada à época do nascimento, a autora apresentou cópia de sua CTPS, com anotação decorrente de reconhecimento de vínculo laboral por homologação de acordo na Justiça do Trabalho no período de 06/01/2011 a 30/09/2012. (fl. 12). Observo que tal período não pode ser reconhecido para os fins de manutenção da qualidade de segurado, uma vez que a anotação em CTPS foi feita de forma extemporânea, por força de sentença meramente homologatória de acordo entre a parte autora e a empresa perante a justiça do trabalho (fls. 13/15), o que não se admite para fins de concessão de benefício previdenciário, pois o labor não restou demonstrado no curso de procedimento desenvolvido sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

“As sentenças trabalhistas poderão constituir prova do labor rural, desde que não sejam meramente homologatórias, ou seja, desde que o trabalho rural tenha sido demonstrado no curso do processo, em procedimento desenvolvido sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, são os arestos abaixo transcritos desta Corte:

‘PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ACORDO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL. MOTORISTA AUTÔNOMO. IMPROCEDÊNCIA. (...). - A sentença trabalhista poderá servir como início de prova material, para a averbação de tempo de serviço, consoante preceitua o artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, caso complementada por outras provas. Condições que se verificam. (...)’ (AC 00709271619984039999, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, DJU DATA: 23/01/2008 PÁGINA: 438 .. FONTE_REPUBLICACAO:.)

‘AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA TRABALHISTA NÃO FUNDAMENTADA EM PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO-CARACTERIZADO. QUALIDADE DE SEGURADO DO *DE CUJUS* NÃO COMPROVADA. (...). 2. A sentença trabalhista em questão não pode ser considerada como início de prova material, uma vez que não fundada em provas que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e período alegado, resumindo-se apenas à homologação de acordo entre as partes. Assim, não se podendo considerar o mencionado período como tempo de trabalho, tem-se que o falecido não detinha a condição de segurado quando de seu óbito. (...)’ (EI 00317639220084039999, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/05/2009 PÁGINA: 617 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)”

(Rel. Des. Federal Fausto De Sanctis, AC nº 2013.03.99.034948-6/SP, j. 06/05/2014)

Logo, considerando que a parte autora não mais detinha a qualidade de segurada no momento do nascimento de sua filha, considera-se indevido o benefício pleiteado.

Com tais considerações e com supedâneo no artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA.

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.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

Direito Processual Civil



AÇÃO RESCISÓRIA
0021553-50.2001.4.03.0000
(2001.03.00.021553-5)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: JOSÉ ZINANI
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AR 1692
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PARA CONTESTAR. PRECLUSÃO. RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE RURAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ILEGITIMIDADE PASSIVA NO FEITO SUBJACENTE. NÃO OCORRÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO JUNTO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL SEM UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA CONTAGEM RECÍPROCA. VIOLAÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O pleito para o reconhecimento de prazo em dobro para contestar não se justifica, tendo em vista que a contestação foi apresentada, tempestivamente, no prazo determinado pela decisão judicial.
2. Descabido falar em preclusão pelo fato de ter sido enfrentada a questão da ilegitimidade passiva na ação subjacente, pois a ação rescisória visa justamente romper a preclusão máxima que é a coisa julgada.
3. Demanda originária proposta com o objetivo de ver reconhecido o exercício de atividade rural em regime de economia familiar, para, somado ao período de trabalho em atividade urbana e ao de servidor público, obter aposentadoria por tempo de serviço no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).
4. Decisão rescindenda proferida segundo o princípio do livre convencimento motivado, fundado nas provas constantes da ação originária, as quais revelaram, à luz dos fundamentos ali expostos, que o ora réu completara o tempo necessário à concessão da aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, *antes* da alteração do vínculo laboral para o Regime Próprio instituído pela Prefeitura.
5. A legitimidade passiva do INSS para a demanda decorreu da constatação, pelo julgado, da vinculação do réu ao Regime Geral da Previdência Social durante os trinta e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria por tempo de serviço.
6. O julgado rescindendo considerou que *toda* a atividade laboral necessária à concessão do benefício previdenciário ocorreu no Regime Geral da Previdência Social. Em consequência, ainda que o então autor ostentasse a condição de servidor público, a causa não envolveu questão relativa à contagem recíproca de trabalho em regimes diversos.
7. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte ou, até mesmo, a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo desta demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos. A adoção da interpretação menos comum não caracteriza vício capaz de desconstituir o julgado.

8. Não demonstrada violação à lei cometida pelo julgado. Mero inconformismo da parte não pode dar ensejo à propositura da ação rescisória.
9. Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória improcedente.
10. Condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 750,00.

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 julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, para, com fundamento no artigo 485, V, do CPC, desconstituir o v. acórdão que, ao negar provimento à sua apelação, manteve a sentença de procedência do pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

O recurso especial interposto não foi admitido (fl. 248).

Sustenta, em síntese, ser parte ilegítima para a concessão da aposentadoria, pois o réu era servidor público municipal na época do ajuizamento da ação subjacente. Assim, ao não acolher a preliminar de ilegitimidade passiva arguida naquele feito, o julgado rescindendo afrontou as disposições dos artigos 267, VI e parágrafo terceiro, do CPC, 12 e 99 da Lei nº 8.213/91, § 5º, e 201, § 1º (redação original), da Constituição Federal. Afirma, caso reconhecida sua legitimidade, a violação ao artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, diante da ausência de início de prova material do exercício da atividade rural reconhecida.

Ademais, alega que o período de atividade rural anterior à competência de outubro de 1991 somente pode ser aproveitado, para fins de contagem recíproca, mediante comprovação do recolhimento das contribuições correspondentes ou indenização, sob pena de violação ao inciso IV do artigo 96 da Lei nº 8.213/91.

Pretende a rescisão do julgado e, em consequência, nova apreciação do pedido originário, para considerá-lo improcedente.

Requer a concessão de liminar para suspender a execução do julgado.

A inicial, aditada à fl. 19, veio instruída com os documentos de fls. 20/255.

Às fls. 256/277, o autor juntou cópia da petição inicial da ação cautelar anteriormente ajuizada com a finalidade de suspender a execução do julgado rescindendo.

A decisão de fl. 279 indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou a citação do réu.

Os autos da Medida Cautelar nº 2001.03.00.021552-3, cuja petição inicial foi indeferida, foram apensados a estes (fl. 279-v.).

À fl. 280, foi certificado o decurso do prazo para apresentação de recurso de indeferimento da tutela.

Em sua resposta (fls. 292/305), o réu, preliminarmente, requer o deferimento da Assistência Judiciária Gratuita e prazo em dobro para contestar. Sustenta que a questão da ilegitimidade foi debatida no feito subjacente, operando-se a preclusão máxima. Defende seu direito ao benefício concedido e pugna pela improcedência da ação rescisória. Junta documentos às fls. 306/307.

À fl. 309, foram deferidos os benefícios da justiça gratuita requeridos em contestação e determinada a manifestação do autor.

Réplica às fls. 310/313.

Razões finais apresentadas pelo INSS às fls. 317/321. O réu ficou-se inerte (fl. 322).

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opinou pela improcedência desta ação rescisória (fls. 324/330).

À fl. 332, o feito foi convertido em diligência para que a Prefeitura Municipal de Jales informasse a situação funcional do réu.

O ofício da Municipalidade (fls. 340/342) noticia que o réu aposentou-se por idade em 6 de junho de 2001, nos termos das Leis Complementares Municipais nº 016, 017 e 018/93.

Instadas às partes manifestação, o autor requereu a procedência do pedido (fl. 345-v.); não houve manifestação do réu (fl. 347).

O Ministério Público Federal complementou e reiterou o parecer anteriormente apresentado, opinando pela improcedência da ação rescisória (fls. 348/354).

O feito foi novamente convertido em diligência às fls. 356, a fim de que o Instituto Municipal de Previdência Social de Jales/SP esclarecesse quais períodos de trabalho foram considerados para a concessão da aposentadoria no regime próprio de previdência.

Resposta do Instituto Municipal de Previdência Social de Jales às fls. 361/363, por meio do Ofício nº 58/2014, instruído com os documentos de fls. 364/372.

Ciência do INSS à fl. 375 e decurso de prazo para manifestação do réu à fl. 376.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal reiterou as conclusões dos pareceres de fls. 342/330 e 348/353, manifestando-se pela improcedência do pedido formulado nesta ação rescisória (fls. 377/378).

É o relatório.

À revisão, nos termos do artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte, observando-se, se for o caso, automaticamente, ou seja, sem necessidade de retorno dos autos a este Gabinete, o art. 50 do Regimento Interno e a Ordem de Serviço nº 13, de 1º/8/2006, da Vice-Presidência desta Casa.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora):

Pretende o Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, a rescisão do v. julgado que, ao negar provimento à sua apelação, manteve a sentença de procedência do pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Inicialmente, *dispens*o a parte autora do depósito prévio da multa a que alude o inciso II do artigo 488 do CPC.

A ação rescisória é o remédio processual (art. 485 do CPC) do qual a parte dispõe para invalidar sentença de mérito transitada em julgado, dotada de eficácia imutável e indiscutível (art. 467 do CPC). Nessas condições, o que ficou decidido vincula os litigantes. Esse mecanismo autoriza o apontamento de imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal com força de lei entre as partes.

Assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória ocorreu em 06/7/2001 e o trânsito em julgado do *decisum*, em 27/8/1999 (fl. 250).

As questões preliminares arguidas em contestação devem ser afastadas.

Com efeito, o pleito para o reconhecimento de prazo em dobro para contestar não se justifica, tendo em vista que a contestação foi apresentada no prazo determinado pela decisão de fl. 279; portanto, tempestivamente.

Ademais, descabe falar em preclusão pelo fato de ter sido enfrentada a arguição de ilegitimidade passiva na ação subjacente, pois a ação rescisória visa justamente romper a preclusão máxima que é a coisa julgada.

Passo ao juízo rescindendo.

A pretensão é de rescisão do v. julgado, com fulcro no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

A doutrina sustenta ser questão relevante saber se a decisão rescindenda qualifica os fatos por ela julgados de forma inadequada, a violar, implícita ou explicitamente, literal disposição de lei.

Ensina Flávio Luiz Yarshell: “Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a ‘literal’ disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma”. (in: Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p.323)

A jurisprudência também caminha no mesmo sentido: “Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos”. (RSTJ 93/416)

Na demanda originária proposta por José Zinani em face do INSS em junho de 1994, postulou-se a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

Para tanto, o requerente buscou o reconhecimento do exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, no período de outubro de 1957 a março de 1973, o qual, somado ao de atividade urbana (servente de pedreiro: de 1/4/73 a 30/6/73 e de 24/10/73 a 27/12/73;

servidor público desde 5/2/74 até o ajuizamento da ação subjacente), totalizaria 35 anos e 11 meses de tempo de serviço.

O pedido foi julgado procedente para condenar o INSS a conceder aposentadoria por tempo de serviço integral.

Nesta ação rescisória, sustenta-se ter o julgado rescindendo violado a legislação processual e previdenciária, ao reconhecer a legitimidade passiva do INSS e condená-lo a conceder aposentadoria ao réu, servidor público municipal, sujeito a regime próprio de previdência.

Ademais, afirma, se admitida sua legitimidade, ser indevido o reconhecimento da atividade rural exercida, seja pela ausência de início de prova material, seja pela falta de comprovação do recolhimento das contribuições ou de indenização do período, para fins de contagem recíproca.

Entendo não terem sido violados os dispositivos legais e constitucionais apontados pelo autor, pois a decisão foi proferida segundo o princípio do livre convencimento motivado, fundado nas provas constantes da ação originária, as quais revelaram, à luz dos fundamentos ali expostos, que o ora réu completara o tempo necessário à concessão da aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, antes da alteração do vínculo laboral para o Regime Próprio instituído pela Prefeitura de Jales. Em consequência, ainda que o então autor ostentasse a condição de servidor público, a causa não envolveu questão relativa à contagem recíproca de trabalho em regimes diversos.

Confira-se trecho do *decisum* rescindendo que trata da legitimidade passiva da autarquia previdenciária e da comprovação do tempo de serviço rural:

(...)

No que respeita à ilegitimidade passiva *ad causam*, sem razão a Autarquia.

Com efeito, verifico através do documento de fls. 90, que apesar do autor exercer seu mister na Prefeitura Municipal de Jales - SP, seu regime de trabalho era regido pela CLT. Encontrava-se, assim, o apelado vinculado ao regime previdenciário do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, efetuando inclusive as devidas contribuições.

Portanto, não há que se falar de ilegitimidade da Autarquia na relação processual.

A questão, aliás, foi bem apreciada pelo MM. Juiz *a quo* na fundamentação da sentença guerreada no ponto que ponho em destaque (fls. 244/245):

“... no tocante a alegada ilegitimidade de parte no polo passivo da relação processual. É que, em primeiro lugar, quando o autor completou 35 (trinta e cinco) de efetivo trabalho ainda não estavam em vigor as Leis Municipais referidas na contestação, de maneira que o réu é que tem de responder pelo benefício previdenciário aqui tratado. Mas não é só. Há ainda que se considerar que a Lei Municipal que instituiu a previdência dos funcionários públicos do município, no seu artigo 19, I, esclarece que somente após 60 contribuições mensais, ou seja, somente após 5 (cinco) anos, é que os beneficiários farão jus os benefícios previdenciários ali referidos, dentre os quais, a aposentadoria por tempo de serviço (v. fls.212).”

(...)

Cuida-se, é bem de ver, de ação visando à concessão de aposentadoria por tempo de serviço mediante o reconhecimento do período em que o autor desempenhou sua atividade laborativa como rurícola.

Relativamente ao retroaludido período, ou seja, o compreendido entre outubro de 1957 e março de 1973, o autor logrou carrear aos autos início razoável de prova material consubstanciada nos seguintes documentos:

Certificado de Reservista expedido em 25.10.1962 (fls. 31);

Contrato de Arrendamento Agrícola efetuado em 1971 (fls. 24);

Certificado de Saúde e Capacidade Funcional emitido em 1974 (fls. 32);

Declaração de Rendimentos referentes a 1969 (fls. 42).

A corroborar a prova material o autor produziu robusta prova material (fls. 100/101).

(...)

Assim, computando-se o tempo de serviço rural com o urbano, emerge à evidência que o autor faz jus ao benefício pleiteado.

(...)

Dessa transcrição extrai-se que a legitimidade passiva do INSS para a demanda decorreu da constatação, pelo r. julgado, da vinculação do réu ao Regime Geral da Previdência Social durante os trinta e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria por tempo de serviço.

De fato, o julgado rescindendo considerou comprovado, por meio de início de prova material, corroborada pela testemunhal, o exercício de atividade rural no período de outubro de 1957 a março de 1973, o qual, somado aos períodos de atividade urbana, totalizou mais de 35 anos no regime geral de previdência.

Examinados os documentos que instruíram a ação subjacente e esta ação rescisória, constata-se que o vínculo laboral do réu com a Prefeitura de Jales/SP ocorreu da seguinte forma:

- de 05/2/1974 a 31/5/1993: Regime Geral da Previdência Social;
- de 01/6/1993 a 10/9/2001: Regime Próprio de Previdência - IMPSJ;
- em 06/9/2001: aposentadoria por idade (regime próprio).

A contagem do tempo (soma do período rural reconhecido no julgado rescindendo com o período urbano) totaliza *35 anos, 3 meses e 1 dia de tempo de serviço vinculado ao Regime Geral de Previdência Social*, mesmo lapso encontrado na planilha elaborada pelo Ministério Público Federal (fl. 354).

Dessa forma, conclui-se ter sido a concessão do benefício amparada no conjunto probatório. O r. julgado rescindendo, por sua vez, recorreu a uma dentre as soluções possíveis diante da situação fática apresentada, cabendo ressaltar que *não passou despercebido* ao julgador o fato do réu ser *servidor público*, já que esse ponto foi aventado na contestação e no recurso de apelação.

Oral! Se a questão foi devidamente apreciada no processo originário, incabível sua rescisão com amparo no artigo 485, V, do CPC.

Registre-se que a rescisão respaldada no do artigo 485, inciso V, do CPC só ocorre quando demonstrada violação à lei cometida pelo julgado, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente, o que não se verifica na hipótese, já que o julgado rescindendo considerou que *toda* a atividade laboral necessária à concessão do benefício previdenciário deu-se no Regime Geral da Previdência Social.

Sob esse aspecto, o *decisum* encontra respaldo em precedentes jurisprudenciais que resguardam o direito adquirido ao benefício previdenciário àquele que preencheu todos os requisitos necessários sob a égide do RGPS, a exemplo do seguinte julgado:

TRABALHISTA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO. PERICULOSIDADE. MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO.

1. Implementados os requisitos autorizadores da concessão do benefício, antes da edição de Lei Complementar Municipal nº 01/91, adotando o Regime Jurídico Único, o autor tem direito adquirido à aposentadoria especial, no regime celetista. Legitimidade passiva dos apelantes

reconhecida.

2. Apelações desprovidas.

(TRF1, AC 9601104950, Relator(a) Juiz Hamilton de Sá Dantas - Conv. - Primeira Turma Suplementar, v.u., j. 07/05/2002, DJ 23/5/2002, p. 117)

Assim, o fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte ou, até mesmo, a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo desta demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos. A simples adoção da interpretação menos comum não caracteriza vício capaz de desconstituir o julgado.

Nesse sentido, cito arestos (n. g.):

AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. 285-A DO CPC. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AÇÃO RESCISÓRIA COM FUNDAMENTO EM VIOLAÇÃO DE LEI. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. EXTENSÃO DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO MARIDO QUE PASSOU A EXERCER ATIVIDADE RURAL. PROPÓSITO DE REEXAME DA LIDE ORIGINÁRIA.

. *O acórdão rescindendo, analisando e descrevendo as provas colhidas, concluiu que o labor rural desenvolvido pela autora ficou sobejamente comprovado, não restando descaracterizada a mesma após posterior início de trabalho urbano pelo marido.*

. *A livre convicção do magistrado poderia conduzir a resultado diverso no âmbito dos recursos ordinários, porém, o inquestionável propósito de reexame da causa é inadmissível na via excepcional da ação rescisória .*

. Aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, por ser medida que busca atender ao postulado constitucional da celeridade e racionalidade na prestação jurisdicional, pois não há sentido em se procrastinar o resultado de demanda que se sabe, a todas as luzes, fadada ao insucesso, sendo consagrada na doutrina e na jurisprudência que a ação rescisória , não sendo um recurso, não se presta ao reexame da causa.

. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF3, AR - 8644, Processo:0009090-90.2012.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, Órgão Julgador Terceira Seção, j. 25/10/2012, e-DJF3 Judicial 1, 5/11/2012)

PREVIDENCIÁRIO - AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - INOCORRÊNCIA - AÇÃO IMPROCEDENTE.

1. A procedência do pedido de reconhecimento e averbação de tempo de serviço em processo de natureza previdenciária, não levou em consideração a prova exclusivamente testemunhal, mas, pelo contrário, se alicerçou, também, em prova documental.

2. *A injustiça da sentença e a má apreciação da prova não autorizam o exercício da ação rescisória .*

3. *Havendo controvérsia jurisprudencial acerca do tema, descabe desconstituir a coisa julgada se a decisão adotou corrente jurisprudencial que não destoia do texto da lei.*

4. Ação improcedente.

(TRF-3ª Região, Ação rescisória nº 97.03.064888-6/SP, 1ª Seção, rel. Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. em 18/3/1998)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PRÉVIO. JUSTIÇA GRATUITA. DESNECESSIDADE. INCISO V DO ART. 485 DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REVOLVIMENTO DO MATERIAL PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

...

2. *O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da*

causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito. Tal infringência deve ser evidente e direta, dispensando-se o reexame dos fatos da causa. Precedentes.

3. Ação julgada improcedente.

(AR 2.968/SC, rel. Ministra Laurita Vaz, j. 12/12/2007, unânime, DJ de 1/2/2008, p. 1)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA . RURÍCOLA. APOSENTADORIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEPÓSITO. PRÉVIO. DESNECESSIDADE. OFENSA LITERAL DE LEI (ART. 485, V) E ERRO DE FATO (ART. 485, IX). INOCORRÊNCIA. SÚMULA 149/STJ E ART. 55, § 3º DA LEI 8.213/91. CORRETA APLICAÇÃO.

...

II - Na rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC, a violação de dispositivo de lei deve ser literal, frontal, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa. Precedente.

III - Melhor sorte não se reserva quanto ao inconformismo com fundamento no artigo 485, IX do Estatuto Processual, já que a autora não trouxe aos autos qualquer documento que não tenha sido regularmente apreciado pelo acórdão rescindendo, e, possa, eventualmente, ser tido como início razoável de prova material. Ao revés, busca-se na ação assentar o entendimento da suficiência da prova exclusivamente testemunhal para a concessão da aposentadoria rurícola. Note-se, ademais, que a r. decisão rescindenda se limitou a aplicar corretamente, a disposição do verbete de Súmula 149/STJ, acrescida da regra inscrita no artigo 55, § 3º da Lei 8.213/91.

IV - Ação rescisória improcedente.

(AR nº 2.452/SP, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 8/9/2004, unânime, DJ de 11/10/2004, p. 232)

Dessa forma, não se mostra possível a rescisão do julgado, sob o fundamento de violação aos dispositivos legais e constitucionais apontados, por ser incabível o manejo desta via, com amparo no artigo 485, V, do CPC, com intento de mero reexame da decisão.

Ressalte-se ter sido deferida ao réu aposentadoria por idade desde setembro de 2001, como servidor público da Prefeitura de Jales. Contudo, tal circunstância não autoriza a rescisão do julgado, já que à época do acórdão rescindendo, o requerente ainda se encontrava na ativa.

Entretanto, considero pertinentes as ponderações do DD. Órgão do Ministério Público Federal a respeito (*in verbis*):

(...)

A aposentadoria por idade estatutária recebida pelo autor a partir de 6 de setembro de 2001 pode ser cumulada com a aposentadoria do RGPS, já que nosso ordenamento não veda a cumulação de aposentadoria pagas pelo regimes estatutário e geral, desde que não computados os mesmos tempos de serviço nos diferentes sistemas:

(...)

De acordo com a Lei Complementar Municipal nº 18, a aposentadoria por idade deferida ao réu exige, além do requisito etário (65 anos), a carência mínima de 60 meses (fls. 194). A renda mensal do benefício consiste em 70% do último vencimento do servidor, acrescido de 1% por grupo de 12 contribuições (fls. 199).

Assim, para a segunda aposentadoria, o réu necessitou apenas do tempo de serviço no seu último cargo público para cumprir a carência exigida para a concessão da aposentadoria por idade estatutária, dispensando o tempo de filiação ao Regime de Previdência Social (ou seja, de 02/02/74 a 30/05/1993).

Eventual aproveitamento do tempo do período celetista no segundo benefício poderá eventualmente ter repercussão tão somente no valor do benefício pago pelo Instituto de Previdência Municipal. Porém os documentos presentes nos autos não são conclusivos a esse respeito. Demonstram apenas os tempos totais de contribuição do réu como celetista e como servidor estatutário ao Instituto Municipal de Previdência Social do Município de Jales.

De qualquer forma, o valor do benefício estatutário é matéria que refoge ao objeto da presente Ação Rescisória, até porque a sua concessão se deu em momento posterior à aposentadoria concedida pelo r. Julgado rescindendo, que transitou em julgado em 27 de agosto de 1999 (fls. 250).

A única providência que se mostra necessária, em caso de manutenção do r. julgado rescindendo por esse Egrégio Tribunal Regional Federal, seria a comunicação ao Instituto Municipal de Previdência Social de Jales do tempo computado na aposentadoria concedida pelo RGPS, para apurar se o mesmo período foi utilizado para a definição do valor do benefício estatutário do autor.

(...)

Assim, *acolho* o parecer do MPF, o qual opinou pela expedição de ofício à Prefeitura Municipal de Jales/SP e ao Instituto Municipal de Previdência Social de Jales (IMPSJ), para informar a concessão da aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social (ou seja, pelo INSS), a fim de que se verifique se houve contagem do mesmo tempo de serviço ou da mesma contribuição para obtenção do benefício estatutário.

Diante do exposto, rejeito a matéria preliminar e *julgo improcedente o pedido* formulado nesta ação rescisória.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Oficie-se ao D. Juízo.

Oficie-se à Prefeitura Municipal de Jales/SP e ao Instituto Municipal de Previdência Social de Jales (IMPSJ), mencionando-se o Ofício nº 58/14, para ciência desta decisão, a qual deverá ser acompanhada de cópias das fls. 348/354 e 377/378-v.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0014188-27.2010.4.03.0000

(2010.03.00.0141887)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravadas: RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: AI 406075

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- A ação civil pública originária tem por objeto principal a condenação da emissora ré a ressarcir os danos morais coletivos decorrentes da veiculação do programa “Show do Tom”, cujo conteúdo entende ser discriminatório, humilhante e preconceituoso em relação aos homossexuais e às pessoas com nanismo.

- A legitimidade da União para responder ao pleito originário encontra supedâneo no fato narrado pelo autor no sentido de que supostamente é órgão concedente, responsável pela outorga feita à emissora e, conseqüentemente, pela sua renovação, ou não, por meio do Congresso Nacional. Ao final, pede que a ação seja julgada procedente para que o órgão federal seja condenado a notificar o Congresso Nacional para que os fatos narrados sejam observados para efeito de decisão quanto à renovação ou não da concessão da emissora.

- O Congresso Nacional é poder da União, não tem personalidade jurídica própria, daí a legitimidade desta para participar do polo passivo da União.

- O autor não pleiteia nenhuma determinação no sentido de cassação da concessão, mas tão-somente, a notificação do poder legislativo de fatos que entende importantes para uma futura reavaliação do contrato de concessão, providência que não é proibida em lei, motivo pelo qual se conclui que o pedido é juridicamente possível.

- A faculdade que órgão ministerial tem de representar perante o Congresso Nacional (artigo 6º, inciso XVIII, letra “b”) não retira o seu interesse, por razões de conveniência, de que a União de que a União notifique o Poder Legislativo.

- A análise dos fatos apontados na exordial da ACP, ou seja, se cabe ou não o deferimento do pedido, não pode ser feita em sede de preliminar, pois diz respeito ao mérito.

- A presença da União no polo passivo da ação justifica por si só a competência da Justiça Federal para a causa, consoante o disposto no artigo 109, inciso I, da CF.

- O interesse do Ministério Público Federal na causa se justifica pela matéria federal em questão, relativa à concessão de serviço público federal, de modo que também por esse argumento se manteria a competência da Justiça Federal, visto que aquele é órgão da União (artigo 109, inciso I, da CF). Precedentes do STJ.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, para reformar a decisão recorrida, a fim de reconhecer a legitimidade passiva da União, bem como a competência da Justiça Federal para a causa e determinar o regular prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em sede de ação civil pública, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com relação à União, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC e reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal para o julgamento da causa (fls. 18/32).

Alega, em síntese, que:

a) está presente a possibilidade jurídica e o interesse processual em relação à providência pleiteada contra a União de notificação ao Congresso Nacional, visto que não configura interferência nas competências deste, bem como porque entende ser medida mais eficaz que a representação direta ao Poder Legislativo, o qual entende seria arbitrário;

b) a União é parte legítima para figurar no polo passivo da ação por ser o órgão responsável pela outorga e renovação da concessão de radiodifusão sonora, de sons e imagens feita à emissora ré, nos termos dos artigos 21, inciso XI, letra “a”, e 223 da Constituição Federal. Nessa condição teria obrigação de agir em face da conduta de seus concessionários que não cumpram com as funções sociais e obrigações constitucionais descritas nos artigos 220 e 221 da CF;

c) a competência da Justiça Federal se justifica pela participação do órgão ministerial federal na ação, bem com pelo fato de a empresa ré ser concessionário de serviço público federal.

A antecipação de tutela recursal pleiteada foi parcialmente deferida para manter a competência da Justiça Federal para a causa (fls. 92/94).

Sem contraminuta da União (certidão de fl. 95).

Em contraminuta (fls. 96/114), a agravada Rádio e Televisão Record S/A sustenta que:

a) as hipóteses de competência da Justiça Federal previstas no artigo 109, inciso I, da CF são taxativas, razão pela qual ausente o interesse das pessoas ali listadas não subsiste a competência dessa justiça;

b) o Ministério Público Federal é órgão público autônomo e distinto e, portanto, não pode ser confundido com a União e ou com autarquia ou empresa pública, sob pena de violar os artigos 109, inciso I, 127, §§ 1º e 2º e 129, inciso IX, da CF;

c) a União é parte ilegítima para a causa por todos os fundamentos expostos no *decisum*.

O órgão ministerial se manifestou (fls. 121/125), no sentido de que o interesse processual e a legitimidade passiva da União e a presença do MPF como autor são motivos suficientes para fixar a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

I - DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO

A ação civil pública originária tem por objeto a condenação da emissora ré a ressarcir os danos morais coletivos decorrentes da veiculação do programa “Show do Tom”, cujo conteúdo entende ser discriminatório, humilhante e preconceituoso em relação aos homossexuais e às pessoas com nanismo.

A legitimidade da União para responder ao pleito originário encontra supedâneo no fato narrado pelo autor no sentido de que supostamente é órgão concedente, responsável pela outorga feita à emissora e, conseqüentemente, pela sua renovação, ou não, por meio do Congresso Nacional. Ao final, pede que a ação seja julgada procedente para que o órgão federal seja condenado a notificar o Congresso Nacional para que os fatos narrados sejam observados para efeito de decisão quanto à renovação ou não da concessão da emissora.

O Congresso Nacional é poder da União, não tem personalidade jurídica própria, daí a legitimidade desta para participar do polo passivo da ação. Note-se que o autor não pleiteia nenhuma determinação no sentido de cassação da concessão, mas tão-somente a notificação do Poder Legislativo a respeito de fatos que entende importantes para uma futura reavaliação do contrato de concessão, providência que não é proibida em lei, motivo pelo qual se conclui que o pedido é juridicamente possível.

Outrossim, a faculdade que o órgão ministerial tem de representar perante o Congresso Nacional (artigo 6º, inciso XVIII, letra “b”) não retira o seu interesse, por razões de conveniência, de que a União notifique o Poder Legislativo.

De outro lado, a análise dos fatos apontados na exordial da ACP, ou seja, se cabe ou não o deferimento do pedido, não pode ser feita em sede de preliminar, pois diz respeito ao mérito.

II - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A presença da União no polo passivo da ação justifica por si só a competência da Justiça Federal para a causa, consoante o disposto no artigo 109, inciso I, da CF.

Ademais, o interesse do Ministério Público Federal na causa se justifica pela matéria federal em questão, relativa à concessão de serviço público federal, de modo que também por esse argumento se manteria a competência da Justiça Federal, visto que aquele é órgão da União (artigo 109, inciso I, da CF). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nos termos do inciso I do art. 109 da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo - *rationae personae* -, sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

2. *In casu*, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública pleiteando o recolhimento de

contribuição previdenciária, especificamente a contribuição destinada ao Plano de Assistência Social (PAS). Segundo mandamento constitucional, o fato de a demanda ter sido ajuizada pelo *Parquet* Federal, por si só, determina a competência da Justiça Federal.

3. *“Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa” (CC 40534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 17.05.04).*

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no CC 107.638/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 20/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE CONSUMIDORES. EXCLUSÃO DA ANATEL DA LIDE. AUSÊNCIA DE INTERESSE FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Hipótese em que o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública com o fito de assegurar indenização aos assinantes do serviço de telefonia do Estado do Acre em razão de irregular cobrança do custo de entrega de listas telefônicas relativas a 1989/1990.

2. O Tribunal de origem excluiu a Anatel da lide, porém manteve a competência da Justiça Federal.

3. No Recurso Especial, a recorrente sustenta a ilegitimidade do *Parquet* Federal, ante a exclusão da Anatel do pólo passivo.

4. *Por se tratar de órgão da União, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), o que não afasta a necessidade de verificação, pelo juiz, da legitimidade ad causam. Precedentes do STJ.*

5. Na hipótese, a exclusão da Anatel e a ausência de interesse federal no litígio levam à conclusão de que o recorrido não possui legitimidade ativa *ad causam*, sem prejuízo da defesa dos direitos em tela pelo órgão ministerial estadual.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1060759/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. ROMPIMENTO DE DUTO DE ÓLEO. PETROBRAS TRANSPORTES S/A. TRANSPETRO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DOS PORTOS. LEI 8.630/93. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 7.347/85.

1. Cinge-se a controvérsia à discussão em torno a) da tempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento de Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparar dano ambiental decorrente do vazamento de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível após o rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro, no Porto de Rio Grande.

2. Não se conhece do Recurso Especial quanto à tempestividade do recurso apresentado na origem, pois a matéria não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem. Aplicação da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Em relação ao segundo fundamento do Recurso Especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal fixa a competência da Justiça Federal.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de atribuir à

Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide, consoante teor da Súmula 150/STJ.

5. A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão.

(...)

13. Recurso Especial não provido.

(REsp 1057878/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 21/08/2009)

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. EXPLORAÇÃO DE BINGO. CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Havendo continência entre duas ações civil públicas, movidas pelo Ministério Público, impõe-se a reunião de ambas, a fim de evitar julgamentos conflitantes, incompatíveis entre si.

2. A competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição, tem por base um critério subjetivo, levando em conta, não a natureza da relação jurídica litigiosa, e sim a identidade dos figurantes da relação processual. Presente, no processo, um dos entes ali relacionados, a competência será da Justiça Federal, a quem caberá decidir, se for o caso, a legitimidade para a causa.

3. É da natureza do federalismo a supremacia da União sobre Estados-membros, supremacia que se manifesta inclusive pela obrigatoriedade de respeito às competências da União sobre a dos Estados. Decorre do princípio federativo que a União não está sujeita à jurisdição de um Estado-membro, podendo o inverso ocorrer, se for o caso.

4. Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ).

5. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal.

(CC 40.534/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2004, DJ 17/05/2004, p. 100)

III - DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento*, para reformar a decisão recorrida, a fim de reconhecer a legitimidade passiva da União, bem como a competência da Justiça Federal para a causa e determinar o regular prosseguimento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0004403-27.2013.4.03.6114

(2013.61.14.004403-2)

Agravante: DILZA DOS PRAZERES PAULINO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: DILZA DOS PRAZERES PAULINO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 2011338

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

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. No presente caso, nota-se que a parte autora ajuizou a presente ação visando o pagamento das diferenças resultantes do Acordo Judicial firmado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, em razão da revisão de seu benefício de auxílio-doença (NB: 31/533.326.873-4), nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

3. Com efeito, o pagamento das referidas diferenças está previsto somente para maio de 2015, em cumprimento ao cronograma estipulado no Acordo Judicial.

4. Assim sendo, a autora não pode ultrapassar os limites da coisa julgada e exigir a execução do título executivo judicial antes do prazo estabelecido para o pagamento dos valores, devendo ser observadas as datas estipuladas nos termos do acordo.

5. A execução individual dos termos da sentença coletiva é perfeitamente permitida. Entretanto, essa execução se dá nos exatos limites da coisa julgada da sentença coletiva, observando-se inclusive as datas firmadas para pagamento, datas essas fixadas no bojo do acordo e homologadas pelo juízo.

6. Na ação de execução o objetivo do exequente é obter do devedor a satisfação do crédito contido no título executivo. Somente depois que essa pretensão não foi satisfeita de forma espontânea que ao credor se abre a opção da via executiva. Para tanto, necessária, pois, a fixação de um marco temporal para então, e só então, falar-se em inadimplência do devedor.

7. Ademais, observa-se que, caso o autor não concorde com os termos fixados no acordo coletivo, poderá ajuizar ação individual, requerendo a revisão de seu benefício, tendo em vista que o ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público não obsta o exercício individual do direito de ação.

8. Considerando que o pagamento das diferenças está previsto para maio de 2015, nos termos firmados no Acordo Judicial da Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, há que se reconhecer a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

9. 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, 27 de janeiro 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 aponta presente o interesse de agir e pede a procedência do pedido inicial de revisão de seu benefício previdenciário, nos moldes postulados na inicial.

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 para não só indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-*caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observe que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação de cobrança movida em face do INSS, visando o pagamento das diferenças resultantes do Acordo Judicial firmado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, acrescidas de correção monetária pelos índices que indica, juros de mora, honorários advocatícios e demais cominações legais.

A r. sentença monocrática julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, por ausência de interesse de agir, condenando a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DECIDO.

No presente caso, nota-se que a parte autora ajuizou a presente ação visando o pagamento das diferenças resultantes do Acordo Judicial firmado na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, em razão da revisão de seu benefício de auxílio-doença (NB: 31/533.326.873-4), nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Com efeito, o pagamento das referidas diferenças está previsto somente para maio de 2015, em cumprimento ao cronograma estipulado no Acordo Judicial.

Assim sendo, a autora não pode ultrapassar os limites da coisa julgada e exigir a execução do título executivo judicial antes do prazo estabelecido para o pagamento dos valores, devendo ser observadas as datas estipuladas nos termos do acordo.

A execução individual dos termos da sentença coletiva é perfeitamente permitida. Entretanto, essa execução se dá nos exatos limites da coisa julgada da sentença coletiva, observando-se inclusive as datas firmadas para pagamento, datas essas fixadas no bojo do acordo e homologadas pelo juízo.

Com efeito, na ação de execução o objetivo do exequente é obter do devedor a satisfação do crédito contido no título executivo. Somente depois que essa pretensão não foi satisfeita de forma espontânea que ao credor se abre a opção da via executiva. Para tanto, necessária, pois, a fixação de um marco temporal para então, e só então, falar-se em inadimplência do devedor. Ademais, observa-se que, caso o autor não concorde com os termos fixados no acordo coletivo, poderá ajuizar ação individual, requerendo a revisão de seu benefício, tendo em vista que o ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público não obsta o exercício individual do direito de ação.

Sendo assim, considerando que o pagamento das diferenças está previsto para maio de 2015, nos termos firmados no Acordo Judicial da Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, há que se reconhecer a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

“Art. 557. 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”.

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, *reconheço a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil*, tendo em vista que a execução do título executivo judicial deve observar as datas estipuladas nos termos do acordo, *restando prejudicada a apelação da parte autora.*

Deixo de condenar a parte autora nas verbas de sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

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 LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025416-57.2014.4.03.0000

(2014.03.00.025416-0)

Agravante: APARECIDO MAGRI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 34/35

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO – SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AI 541954

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2015

EMENTA

AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA EXCESSIVAMENTE ELEVADO. ADEQUAÇÃO À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, a competência pelo critério de valor de alçada deve ser definida com base na diferença entre a renda devida e aquela efetivamente paga, multiplicada por 12 (doze).

II - Erro material corrigido de ofício. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

O Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo interposto por APARECIDO MAGRI, na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Sustenta, em síntese, que o valor da causa é superior ao limite da alçada dos Juizados Especiais, o qual foi fixado nos termos da legislação aplicável ao caso.

Pede a retratação prevista no art. 557, § 1º, do CPC, ou, em caso negativo, o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

O Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo interposto por APARECIDO MAGRI, na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por APARECIDO MAGRI contra a r. decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP que, em ação de natureza previdenciária proposta em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, de ofício, alterou o valor da causa, declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial Federal do mesmo Município, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 10.259/01.

Em razões recursais de fls. 02/05, sustenta a parte agravante a competência do Juízo *a quo*. Vistos, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

Instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, no âmbito da Justiça Federal, os juizados especiais cíveis são competentes para processar e julgar as ações cujo valor da causa não exceda a 60 (sessenta) salários-mínimos (art. 3º).

Assim, a competência do juizado especial federal tem natureza absoluta e prepondera sobre à da Vara Federal no município onde estiver instalado, ou, na falta desta, à da Justiça Estadual (art. 3º, § 3º), até o limite legal.

Superado, no entanto, o valor de sessenta salários-mínimos, e não tendo a parte autora renunciado ao crédito excedente, veda-se à propositura da ação no juizado, pois incompetente para processá-la e julgá-la, de modo que a mesma deverá ser distribuída à Vara Federal da Subseção Judiciária de seu domicílio ou da capital do respectivo Estado-membro, ressalvada ainda, a opção assegurada pelo art. 109, § 3º, da Carta Republicana, desde que a comarca não possua sede da Justiça Federal. Precedentes TRF3: 3ª Seção, CC nº 2003.03.00.057847-1, Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, j. 26/05/2004, DJU 09/06/2004, p. 168.

Em se tratando de pretensão afeta *apenas às obrigações vincendas*, a soma das 12 prestações não poderá ultrapassar o limite máximo admitido, *ex vi* do disposto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.259/01. Acaso a demanda compreenda *também as obrigações vencidas*, aplica-se, para efeito de apuração do valor da causa, a regra do art. 260 do Código de Processo Civil, segundo a qual “Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a um (1) ano; se, por tempo inferior, será igual á soma das parcelas”.

Nesse passo, as ações previdenciárias cuja pretensão abarque parcelas vencidas de benefício ou suas diferenças, terão o valor da causa composto pelo total dos atrasados, acrescido de doze prestações vincendas, de modo que não ultrapasse sessenta salários-mínimos, a fim de que remanesça a competência absoluta dos juizados especiais federais. Precedentes TRF3: 10ª Turma, AG nº 2003.03.00.057431-4, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 30/11/2004, DJU 10/01/2005, p. 156.

Observe que o pedido contempla o instituto da “desaposentação”, em que, a pretexto disso, almeja-se *novo benefício mais vantajoso*, considerados os recolhimentos posteriores à concessão da primeira aposentadoria, de modo que se mostra equivocado o intento de receber diferenças atrasadas desde aquele ato administrativo, na medida em que o preenchimento dos requisitos necessários leva em conta fatos posteriores.

Assim, na espécie, o valor da causa deve ser estimado de acordo com as doze parcelas vincendas, o que totaliza importância inferior a sessenta salários mínimos.

Cumpre ressaltar que o proveito econômico perseguido corresponde à diferença entre o valor

atual da aposentadoria e o montante que se pretende receber.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *nego sequimento ao agravo*.

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixem os autos à origem.

Intime-se.

Verifico a existência de erro material, porque, na realidade, a ação originária objetiva a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento dos períodos em que o agravante exerceu atividades rural e em condições especiais.

É cediço que o valor da causa deve guardar correlação com o conteúdo econômico da pretensão deduzida e que possa ser aferível pela narrativa contida na inicial.

Tratando-se de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o magistrado, de ofício, determinar a sua alteração, quando for atribuído à causa valor manifestamente discrepante quanto ao seu real conteúdo econômico.

Nesse mesmo sentido é o entendimento firmado pelo STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - CONTRATO REFERENTE A GADO - APREENSÃO COM ÊXITO ÍNFINO - EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA INCERTA CONVERTIDA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DO VALOR DE GADO APREENDIDO E AVALIADO MAIS PERDAS E DANOS - BEM IMÓVEL DADO EM HIPOTECA COMO GARANTIA DO CRÉDITO EXEQÜENDO - PRACEAMENTO - ARREMATAÇÃO PELOS CREDORES, ORA RECORRIDOS - EMBARGOS À ARREMATAÇÃO - REJEIÇÃO - RECURSO DE APELAÇÃO - IMPROVIMENTO 1) AÇÃO RESCISÓRIA - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL - IMPROCEDÊNCIA 2) RECURSO ESPECIAL: IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL 3) MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL "A QUO" MAIS DE DOIS ANOS ANTES DO AJUIZAMENTO DA RESCISÓRIA 4) NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADES RELATIVAS AO PRACEAMENTO 5) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RAZOABILIDADE 6) VALOR DA CAUSA - VANTAGEM ECONÔMICA PRETENDIDA - LIQUIDEZ - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - DISCREPÂNCIA EXORBITANTE ENTRE O VALOR FIXADO PELA PARTE E A PRETENSÃO ECONÔMICA 7) RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Verificada pelo Tribunal recorrido a perda do direito de declaração de nulidade da execução por falta de intimação dos ora recorrentes, feita por carta, com aviso de recebimento, dado o esquivamento dos executados para que não fossem intimados para tal fim, a rediscussão dessa questão encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, tal qual a relativa à alegada confissão dos ora recorridos quanto à nulidade da arrematação.

II - Nos embargos à arrematação só podem ser discutidos fatos posteriores à penhora do bem, de maneira que o Acórdão hostilizado não violou o disposto no artigo 746 do Código de Processo Civil pelo Tribunal "a quo" ao não conhecer de matéria que decidira em recursos anteriores, consistente esta nos atos preparatórios da penhora. Na ação de embargos à arrematação não é admissível a reapresentação de impugnações anteriormente deduzidas e julgadas, como no caso concreto.

III - Não se verifica nulidade da arrematação: (a) a intimação para o praceamento do imóvel foi realizada por carta, com aviso de recebimento; (b) nenhum vício do edital maculou os objetivos da arrematação nem impediu fosse regularmente concluída; (c) a reavaliação da área do imóvel não encontra amparo legal quando a alegação for genérica; (d) não foi realizada remição pelos ora recorrentes, mesmo quando tiveram tal possibilidade; (e) não houve preço vil.

IV - Tendo os honorários advocatícios sido fixados em patamar razoável, não podem ser revistos por este Tribunal por óbice da Súmula 7 do STJ.

V - Nos embargos à arrematação, e como regra geral, o valor da causa consiste na vantagem econômica almejada pelo demandante, o que, na espécie, representa o valor pelo qual o imóvel foi arrematado (R\$ 585.386,03 - quinhentos e oitenta e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e três centavos) e não o valor dado pelos embargantes, ora recorrentes, de R\$ 1.000,00 (mil reais).

VI - Sendo a discrepância exorbitante entre o valor dado pela parte e a vantagem econômica pretendida com a medida judicial, cabe ao Juízo alterar de ofício o valor para adequá-lo à real pretensão do demandante. Recurso especial não conhecido.

(2ª Turma, AGRESP 1096573, Proc. 200802342300, Rel. Min. Castro Meira, DJE: 02/03/2009).

Não é outro o entendimento adotado nesta Corte:

PROCESSUAL CIVIL PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. VALOR DA CAUSA. DESCOMPASSO ENTRE O MONTANTE ATRIBUÍDO PELO AUTOR E A REAL EXPRESSÃO ECONÔMICA DO PEDIDO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXCEPCIONALIDADE A JUSTIFICAR A ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. Inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que dê azo à respectiva reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

2. Excepcionalmente, havendo considerável discrepância entre o valor atribuído à causa pelo autor e a real expressão econômica do pedido, pode o magistrado determinar, de ofício, a sua alteração, porquanto se trata de matéria de ordem pública.

3. Agravo legal desprovido.

(9ª Turma, AI 361106, Proc. 2009.03.00.002301-3/SP, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, DJF3 CJ1: 12/08/2010, p. 1492).

A competência dos Juizados Especiais Federais vem expressamente definida no *caput* do art. 3º da Lei 10.259/01, que a limitou às causas cujo valor não exceda a alçada de 60 (sessenta) salários mínimos. No que pertine às lides atinentes a obrigações de trato sucessivo, dispôs o seu § 2º, como critério definidor da competência, o valor da causa, considerando-se a soma de doze prestações vincendas.

Na hipótese, tratando-se de revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, tem-se que a competência pelo critério de valor de alçada deve ser definida com base na diferença entre a renda devida e aquela efetivamente paga, multiplicada por 12 (doze).

Este o entendimento está consolidado no enunciado nº 24 das Turmas Recursais do Juizado Especial Federal de São Paulo/SP:

24 - O valor da causa, em ações de revisão da renda mensal de benefício previdenciário, é calculado pela diferença entre a renda devida e a efetivamente paga multiplicada por 12 (doze).

Os elementos constantes dos autos demonstram que o autor, ora agravante, atribuiu à causa valor excessivamente elevado, sendo manifesta a incompetência do Juízo “a quo” para o julgamento da lide.

Por fim, observo que o valor da causa não se confunde com o valor da condenação a título de atrasados, o qual não está limitado a 60 (sessenta) salários mínimos. Consequentemente, não afasta a competência dos Juizados Especiais Federais.

Tal se infere do art. 17, § 4º, da Lei 10.259/01, que prevê de forma expressa o pagamento nos Juizados por meio de precatórios:

Art. 17º. (...) § 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no §1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pela pagamento do saldo sem o precatório da forma lá prevista.

De ofício, corrijo o erro material, para constar que a ação originária objetiva a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário. Nego provimento ao agravo.

É como voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002331-45.2010.4.03.6123
(2010.61.23.002331-4)

Apelante: BRUNO RODRIGUES DA COSTA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 53091
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. *EMENDATIO LIBELLI*. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME IMPOSSÍVEL NÃO VERIFICADO. APELAÇÃO DESPROVIDA. DESMEMBRAMENTO DE PROCESSO. CORRÉU DENUNCIADO PELO MESMO FATO E CONDENADO POR TENTATIVA DE ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFIQUE O TRATAMENTO DIFERENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos e não da capitulação legal, razão pela qual o magistrado, no momento da prolação da sentença, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial acusatória, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa por meio da *emendatio libelli*, não sendo necessário o aditamento da denúncia por parte do *Parquet*.
2. Materialidade e autoria, assim como o dolo do acusado, comprovadas pelo conjunto probatório coligido nos autos.
3. Não há se falar em crime impossível quando o meio empregado pelo acusado não era absolutamente ineficaz. O fato de ter tentado durante longo período se apropriar da quantia guardada no interior do caixa eletrônico, mas não ter logrado êxito em decorrência da chegada dos milicianos, não torna o meio por ele empregado absolutamente ineficaz.
4. O apelante foi denunciado pela tentativa de estelionato com outro corrêu, sendo que o presente feito suspenso em decorrência da aceitação da suspensão condicional do processo penal e o corrêu, que estava sendo processado por fato análogo, foi condenado como incurso nas sanções do estelionato, na forma tentada. Este processo retomou o seu curso e o ora apelante foi condenado pela tentativa de furto qualificado mediante fraude, pois o juízo de origem procedeu à *mutatio libelli*. O corrêu teve o seu apelo desprovido, ocorrendo o trânsito em julgado da sua condenação pela tentativa de estelionato.
5. Violação ao princípio da isonomia reconhecida. Aplicação da mesma sanção imposta ao corrêu, condenado pela tentativa de estelionato, o que encontra fundamento no disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.
6. Apelação desprovida. *Habeas corpus* concedido de ofício.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de *recurso de apelação* interposto por BRUNO RODRIGUES DA COSTA (fls. 307/312), em face da r. sentença de fls. 281/289v que o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inc. II, 2ª figura, c.c. art. 14, inc. II e 29, todos do Código Penal, vez que, em 06.06.2010, o acusado e um comparsa teriam tentado obter “vantagem ilícita em detrimento do banco” - Caixa Econômica Federal - “consistente a conduta em se utilizar de cartão de correntista para solicitar um saque, mas o dinheiro sacado seria do próprio banco porque, antes da conclusão da operação, o monitor é empurrado, desligando-se o interruptor, o que faz com que o caixa libere dinheiro do banco e não do correntista”, não se consumado o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

O apelante requer, em síntese, sua absolvição por suposta insuficiência probatória, aludindo, ainda, acerca de eventual crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado. Subsidiariamente, postula seja declarada a nulidade da r. sentença, vez que o acusado fora denunciado como incurso no art. 171, *caput*, c/c art. 14, II e artigo 29, mas foi condenado pelo crime capitulado no art. 155, § 4º, inc. II, sem que o Ministério Público fosse comunicado para aditar a denúncia, o que teria infringido o artigo 384, § único, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões a fls. 314/318.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dra. Rose Santa Rosa, fls. 320/323): pelo não provimento do recurso da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

De início, observo inexistir qualquer nulidade na r. sentença combatida pelo apelante, senão vejamos.

O recorrente foi denunciado por ter, em 06.06.2010, juntamente de Anderson Silva Santos, tentado obter vantagem ilícita em detrimento da Caixa Econômica Federal, quando então, numa de suas máquinas de autoatendimento 24h, utilizaram um “cartão de correntista para solicitar um saque, mas o dinheiro sacado seria do próprio banco porque, antes da conclusão

da operação, o monitor é empurrado, desligando-se o interruptor, o que faz com que o caixa libere dinheiro do banco e não do correntista”, não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Ao fim da narrativa acima, a qual foi exposta na exordial acusatória, o *Parquet* capitulou tais fatos consoante artigo 171, *caput*, c/c artigo 14, II, e artigo 29, todos do Código Penal, para em seguida requerer a condenação dos acusados.

Ocorreu que o Juízo *a quo*, ao sentenciar, enquadrou a conduta do recorrente em diversa capitulação jurídica, o que é perfeitamente possível.

Com efeito, dispõe o artigo 383 do CPP que o juiz, *sem modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*.

Assim é que a condenação do apelante pelos fatos narrados na denúncia, mas capitulados consoante art. 155, § 4º, II, 2ª figura, do Código Penal, *não configuraria* nulidade alguma.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXTRAÇÃO ILEGAL DE DIAMANTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA. RECORRENTE NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO DOS AUTOS. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR ESTELIONATO E RECEPÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. A fuga do recorrente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para garantir a aplicação da lei penal. 2. Verifica-se a necessidade da custódia antecipada do recorrente, ainda, para fazer cessar a reiteração criminosa, pois consta dos autos que ele ostenta condenações penais definitivas, pela prática de crimes de estelionato e receptação, circunstância que revela a sua propensão a atividades ilícitas, demonstra a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir. DESCLASSIFICAÇÃO. ALEGADO EQUÍVOCO NA CAPITULAÇÃO LEGAL DO DELITO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. POSSIBILIDADE DE EMENDATIO E MUTATIO LIBELI PELO JUÍZO SINGULAR NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A pretendida desclassificação do delito para o previsto no art. 40 da Lei nº 9.605/98, a pretexto de equívoco na capitulação legal do fato, é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal. 2. *O acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos na denúncia e não da capitulação legal, de tal sorte que o magistrado, no momento da prolação da decisão repressiva, após a produção de todas as provas no decorrer da instrução, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa - por meio da emendatio ou mutatio libeli previstos nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal*. 3. Recurso improvido. ..EMEN: (RHC 201200364502, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 11/09/2012 ..DTPB:). g.n

Em suma, o acusado se defende dos fatos que lhe são atribuídos e não da capitulação legal, razão pela qual o magistrado, no momento da prolação da sentença, sem modificar a descrição dos fatos narrados na exordial acusatória, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa por meio da *emendatio libelli*, não sendo necessário o aditamento da denúncia por parte do *Parquet*.

Superado o ponto, passo à análise dos demais pedidos do apelante, quais sejam os de absolvição por suposta insuficiência probatória e por configuração de crime impossível.

Restando plenamente comprovadas a materialidade e autoria delitiva, assim como o dolo do acusado, não há como reformar a r. sentença para absolver o apelante.

A materialidade vem comprovada pelos laudos periciais de fls. 63/65, 90/104 e 105/117. A autoria, por sua vez, está demonstrada pelo laudo pericial de fls. 105/117, vez que as imagens são claras e possibilitam identificar o recorrente e seu comparsa. Não bastasse, há ainda o testemunho de Carlos Roberto e de Florival Leonardi, ambos contrários à tese de inocência apresentada pelo réu.

Quanto ao testemunho da irmã do apelante, este nada auxiliou na apuração do caso.

Sob outro prisma, não há que se falar em crime impossível por ineficácia do meio, uma vez que o meio era apto à consumação delitiva, a qual não ocorreu somente em razão da pronta ação da central de monitoramento do banco e da Polícia Militar. O período de tempo necessário para lograr êxito na conduta delitiva, seja ele longo ou curto, não tem influência sobre viabilidade da consumação. Em outras palavras, não é por que o acusado tentou durante mais de uma hora subtrair o bem alheio, sem sucesso, que o meio escolhido pelo recorrente tornou o crime impossível de se consumir, motivo pelo qual a condenação deve ser mantida.

Embora seja perfeitamente possível a alteração da capitulação legal do delito imputado, como anteriormente ressaltado, o presente feito apresenta uma particularidade que deve ser analisada por esta Corte Regional Federal.

Enquanto este processo esteve suspenso em decorrência da aceitação da suspensão condicional do processo penal por parte de Bruno Rodrigues da Costa, ora apelante, o corréu Anderson Silva Santos foi devidamente processado (autos de nº 2010.61.23.002330-2) e condenado ao cumprimento das penas de 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direito, e 4 (quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do *artigo 171*, § 3º, c.c. *artigo 14*, inciso II, ambos do Código Penal, ocorrendo o trânsito em julgado para ambas as partes após o desprovimento do apelo do corréu.

Verifica-se, assim, clara *violação* ao disposto no *artigo 29* do Código Penal, ao dispor que aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Não por outra razão que o *artigo 580* do Código de Processo Penal estabelece que, no caso de *concurso de agentes*, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundada em *motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal*, aproveitará a todos.

Tanto o *artigo 29* do Código Penal, ao adotar, em regra, a teoria monista, quanto o *artigo 580* do Código de Processo Penal, são manifestações do princípio da isonomia.

No presente caso, com a condenação definitiva de Anderson Silva Santos como incurso nas sanções do *artigo 171* do Código Penal, na sua forma tentada, não poderia o corréu Bruno Rodrigues da Costa, ora apelante, ser condenado como incurso nas sanções do *artigo 155*, §2º, do Código Penal, também na forma tentada, pois o fato é único e não se verifica hipótese de exceção à teoria monista.

Nesse sentido, tratando de hipótese análoga, colaciono o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. ARTS. 12, *CAPUT*, E 18, III, DA LEI 6.368/76. ART. 229, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO DE AGENTES. DESMEMBRAMENTO. RÉUS JULGADOS EM SENTENÇAS DISTINTAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÕES JULGADAS POR

TURMAS DIVERSAS DO MESMO TRIBUNAL. ABSOLVIÇÃO DE DOIS RÉUS POR UMA TURMA E CONDENAÇÃO DO OUTRO RÉU POR OUTRA TURMA JULGADORA. PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ABSOLVIÇÃO AO RÉU CONDENADO E DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS DOS ARTS. 12, *CAPUT*, E 18, III, DA LEI 6.368/76 PARA O DO ART. 16 DA MESMA LEI. - Se, quanto ao delito do art. 229 do Código Penal, os fundamentos utilizados para absolver alguns dos acusados não podem ser tidos como de carácter exclusivamente pessoal, aproveitam também ao outro réu, razão pela qual devem ser estendidos ao mesmo, nesta parte, os efeitos da absolvição, de acordo com o que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal. - Entretanto, se a absolvição dos co-réus, no que se refere aos crimes dos arts. 12, *caput*, e 18, III, da lei 6.368/76, fundou-se em motivos não aplicáveis ao outro acusado, ora paciente, inviável invocar-se, quanto a tais crimes, o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, como também se faz inviável acolher-se a argumentação do impetrante no sentido da desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, ainda mais diante da necessidade de aprofundado exame de matéria fática, providência que não se compatibiliza com o rito especial do *habeas-corpus*. - *Habeas-corpus* concedido em parte. (STJ, Sexta Turma, HC 19514, Registro nº 200101785106, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 01/07/2002)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso interposto pelo acusado e concedo *habeas corpus* de ofício para alterar a condenação imposta na sentença, condenando-o nas sanções do artigo 171, § 3º, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, fixando as penas em 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 4 (quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

REVISÃO CRIMINAL
0010994-14.2013.4.03.0000
(2013.03.00.010994-4)

Requerente: TOCHUKWU EZEANI
 Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
 Classe do Processo: RvC 975
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2015

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE USADO NA IMIGRAÇÃO, EMIGRAÇÃO E PERANTE A POLÍCIA FEDERAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DESCLASSIFICAÇÃO INCABÍVEL. DOSIMETRIA REFORMADA. ERRO NO CÁLCULO. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1 - As matérias tratadas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pedido de revisão criminal e não se apresentam como pressupostos processuais para a sua admissibilidade.

2 - Revisionando, nacional da Libéria, apresentou passaporte da República da África do Sul falso, em seu nome, adulterado pela substituição da página com os dados do titular, à imigração brasileira, ao entrar no país. Posteriormente, no dia 27/11/2013, incidiu novamente na infração delituosa, quando tentou embarcar em voo com destino a Amsterdam/Holanda, apresentando o mesmo documento aos funcionários da empresa aérea que efetuaram o check-in, bem como ao setor de emigração. Na sequência, identificou-se ao Agente da Polícia Federal com o referido documento falso.

3 - O documento público apresentado em razão de ordem policial, no exercício de suas atribuições, não exclui o dolo do agente na conduta delitiva, mesmo porque, no caso em comento, o réu já o utilizara anteriormente para ingressar no Brasil, tendo plena ciência da necessidade de apresentação do documento falso às autoridades brasileiras ou a quem quer que lhe solicitasse identificação.

4 - Trata-se de documento obrigatório para o estrangeiro em trânsito, não caracterizando o seu porte e uso para identificação um ato voluntário ou discricionário. Precedentes.

5 - Não há que se falar na desclassificação do delito de uso de documento falso para o crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal, tampouco para o crime do artigo 308 do Código Penal. Os crimes dos artigos 307 e 308 do Código Penal são subsidiários, ou seja, só ocorrerão caso a conduta não constitua crime de maior gravidade, como ocorreu no presente caso. Ademais, a conduta incriminada no artigo 307 consubstancia-se pela simples atribuição de falsa identidade, e a prevista no artigo 308, na utilização de documento alheio, e não de documento falso.

6 - Não é possível, também, a absorção do uso de documento falso pelo crime de tráfico internacional de drogas. Como é sabido, o delito de uso de documento falso não constitui um meio necessário para a incursão no delito de tráfico de drogas, tampouco

constitui um desdobramento causal do delito de tráfico de drogas.

7 - Quanto à dosimetria da pena, verifica-se que o aumento da pena base está bem fundamentado, tendo o Magistrado sentenciante valorado, sob seu critério, as circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal, sem descuidar da observância ao princípio da não culpabilidade consagrado no enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, não há como desconsiderar que o uso do documento falso pelo revisionando no Brasil visava, além de sua clandestinidade, a prática incólume de crime equiparado a hediondo em nosso país. Soma-se a isso, como é sabido, que em sede de revisão criminal não é possível reformar a pena, reapreciando-se os critérios individualizadores de fixação estipulados na sentença ou acórdão, sendo necessária a configuração de alguma ilegalidade ou erro material no cálculo apresentado.

8 - O concurso material entre as duas condutas narradas, uma quando o revisionando ingressou no Brasil em 11/11/2003 (imigração), e a outra quando tentava deixar o país em 27/12/2003 (emigração), também é evidente. O lapso temporal entre essas duas condutas foi de 46 dias, não havendo como considerá-las como única, tampouco como continuidade uma da outra. O revisionando, a todo tempo, poderia ter se identificado com documento verdadeiro, preferindo usar documento falso, agindo, portanto, com propósitos autônomos.

9 - A terceira conduta, no entanto, caracterizou-se pela identificação do revisionando junto ao Agente da Polícia Federal, após ter passado pelo setor de emigração, isto é, após a segunda conduta. Assim, a continuidade delitiva somente pode ser considerada entre a segunda e terceira conduta, e não pelo somatório das duas condutas anteriores, conforme constou da sentença rescindenda. Tratando-se de pequeno erro técnico no cálculo, a correção é de rigor e pode ser feita nesta seara.

10 - Assim, considerando a continuidade delitiva ocorrida entre a conduta do revisionando ao passar pela emigração e, em momento posterior, ao se identificar perante o agente da Polícia Federal, uma vez que pela condição de tempo, lugar e modo, tais condutas podem ser entendidas como continuação uma da outra, a pena, somente de uma dessas condutas, é que deve ser majorada na fração de 1/6 (um sexto), restando, assim, estipulada em 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias multa.

11 - Diante do concurso material reconhecido entre a primeira conduta e as demais, a pena resta definitivamente fixada em 05 anos e 20 dias de reclusão e 23 dias multa.

12 - Revisão criminal conhecida. Pedido parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer da presente revisão criminal e julgar o pedido parcialmente procedente, apenas para considerar o aumento referente à continuidade delitiva somente entre a segunda e a terceira conduta perpetrada pelo revisionando, resultando a pena definitivamente fixada em 05 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e 23 dias multa, no valor unitário mínimo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de revisão criminal proposta em 13/05/2013 por TOCHUKWU EZEANI (nacional da Libéria), em face da r.sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal em Guarulhos/SP que, nos autos de nº 2004.61.19.005596-6, julgou procedente a ação e o condenou pela prática do crime previsto no artigo 304 c/c 297, ambos c/c artigos 69 e 71, todos do Código Penal, às penas de 05 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 25 dias multa, no valor unitário mínimo.

A condenação do revisionando decorreu do fato de ter sido preso em flagrante, no dia 27/12/2003, no Aeroporto Internacional de São Paulo, quando estava prestes a embarcar para Amsterdam/Holanda, transportando 10.880 gramas de cocaína, utilizando-se, para tanto, de passaporte falsificado em três ocasiões distintas (apresentação do passaporte para a imigração brasileira em 11/11/2003, posteriormente, para sua emigração, em 27/12/2003, e, ao final, para se identificar ao agente da Polícia Federal).

O crime de tráfico internacional de drogas foi apurado nos autos de nº 2003.61.19.009155-3.

O trânsito em julgado do édito condenatório para a acusação se deu em 13/08/2008 e para a defesa em 04/11/2009 (fls. 294).

A Defensoria Pública da União promoveu a defesa do revisionando e em suas razões protesta pela atipicidade da conduta em razão da involuntariedade na apresentação do passaporte; desclassificação para o crime de falsa identidade; e absorção da falsificação e do uso de documento falso pelo crime de tráfico internacional de drogas. Subsidiariamente requer a redução da pena base para o mínimo legal; continuidade delitiva entre os delitos ocorridos em 11/11/2003 e 27/12/2003; e reconhecimento de crime único ocorrido em 27/12/2003 (fls. 02/13).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador Regional da República, Dr. Pedro Barbosa Pereira Neto, opinou pelo indeferimento da Revisão Criminal (fls. 333/335).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

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

Inicialmente, ressalto o pacífico entendimento deste Órgão Colegiado no sentido de que as matérias tratadas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pedido de revisão criminal e não se apresentam como pressupostos processuais para a sua admissibilidade:

REVISÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO ARGÜIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL REJEITADA - ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM RAZÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 35, EM CONCURSO MATERIAL, C.C. ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006 - revisão PROPOSTA COM FULCRO NO INCISO "I" DO ART. 621 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. Ação revisional conhecida, com ressalva de posicionamento do Relator, pois é entendimento pacífico na Primeira Seção do TRF/3a Região que as matérias tratadas nos incisos do artigo

621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pleito revisional e não pressupostos processuais específicos dessa espécie de ação.

(...)

6. Matéria preliminar rejeitada...

(TRF - 3a Reg. - RVC 200903000252130 - Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO - Primeira Seção - j. 04.11.2010 - DJF3 CJ1 11.11.2010 - pág. 21)

Conheço, assim, do pedido de revisão criminal, que está embasado no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos.

Pois bem.

Segundo consta, o revisionando, nacional da Libéria, apresentou passaporte da República da África do Sul de nº 422684216, em seu nome, adulterado pela substituição da página com os dados do titular, à imigração brasileira, no dia 11/11/2003, ao entrar no país (fls. 144).

Posteriormente, no dia 27/11/2013, incidiu novamente na infração delituosa, quando tentou embarcar no voo KL 0798, da empresa aérea KLM, com destino a Amsterdam/Holanda, apresentando o mesmo documento aos funcionários da empresa aérea que efetuaram o check-in, bem como ao setor de emigração.

Na sequência, identificou-se ao Agente da Polícia Federal Silvio Luís Bezerra com o referido documento falso (fls. 26/29).

O laudo de exame documentoscópico de nº 814/04 confirmou a falsidade do passaporte (fls. 45/46).

O Consulado Geral da África do Sul confirmou que TOCHUKWU EZEANI não era cidadão sul-africano (fls. 43/44).

Em seu interrogatório judicial, o revisionando confirmou que veio ao Brasil para buscar drogas, tendo recebido o passaporte da pessoa que o contratou (fls. 92/93).

O policial Silvio Luís Bezerra esclareceu que o réu foi abordado, após passar pela emigração, porque demonstrava nervosismo (fls. 52/53).

Dito isso, não há que se falar em atipicidade do crime em comento, em razão da involuntariedade na apresentação do passaporte.

Consoante se observa do artigo 304 do Código Penal, a conduta delitiva consiste em fazer uso de documento, público ou particular, material ou ideologicamente falso, como se autêntico fosse.

Na hipótese dos autos, a falsificação denotava potencial lesividade, isto é, era idônea a ludibriar, tendo em vista que o revisionando utilizou, consciente da falsidade (já que constava nacionalidade diversa da sua no documento), o passaporte contrafeito e materialmente falso, para ingressar no Brasil, aqui permanecendo por mais de um mês, fazendo uso do mesmo para viajar ao exterior, junto a Companhia aérea e emigração, e, por fim, identificando-se ao Policial Federal.

O documento público apresentado em razão de ordem policial, no exercício de suas atribuições, não exclui o dolo do agente na conduta delitiva, mesmo porque, no caso em comento,

o réu já o utilizara anteriormente para ingressar no Brasil, tendo plena ciência da necessidade de apresentação do documento falso às autoridades brasileiras ou a quem quer que lhe solicitasse identificação.

Trata-se de documento obrigatório para o estrangeiro em trânsito, não caracterizando o seu porte e uso para identificação um ato voluntário ou discricionário.

Ademais, atualmente entende-se pela irrelevância da voluntariedade, requisição, exigência, espontaneidade ou qualquer movimento interior do agente no que se relaciona à propulsão do ato de se utilizar do documento falso. Uma vez exibido, conscientemente, o objeto do crime, configurado está o tipo do artigo 304 do Código Penal.

Posiciona-se majoritariamente a jurisprudência dos Tribunais Superiores perfilhando tal entendimento.

Confira-se:

Reiterada é a jurisprudência desta Corte e do STF no sentido de que há crime de uso de documento falso ainda quando o agente o exhibe para sua identificação em virtude de exigência por parte da autoridade policial. (Resp 193.210-DF, rel. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., 20.04.1999, v.u., DJ 24.05.1999, Seção 1, p.190)

A propósito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. USO DE PASSAPORTE FALSIFICADO. ART.304, C/C. ART.297, AMBOS DO CP. TIPICIDADE CONGLOBANTE. PREJUÍZO A TERCEIROS. DESNECESSIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. I - Réus denunciados pelo Ministério Público Federal porque, no dia 23 de junho de 2006, no Aeroporto Internacional de Guarulhos-SP, apresentaram, respectivamente, os passaportes sul-africanos falsos nºs 471421283 e nº 424681012 quando tentavam embarcar para Nicarágua, via Panamá. II - A materialidade foi comprovada, em especial, pelo Laudo de Exame Documentoscópico do passaporte estrangeiro que afirmou a inautenticidade do objeto periciado, o mesmo se constatando quanto ao carimbo de entrada no país, de nº 0031, aposto na página 04 do passaporte de um dos corréus e no seu cartão de entrada e saída. III - É firme o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de considerar a irrelevância da voluntariedade, requisição, exigência, espontaneidade ou qualquer movimento interior do agente no que se relaciona à propulsão do ato de se utilizar do documento falso, vale dizer, uma vez exibido, conscientemente, o objeto do crime, configurado está o tipo do art. 304, do Código Penal. IV - A situação de guerra civil atravessada pelo país de origem dos envolvidos, apesar de lamentável, não justifica conduta que não é autorizada pelo sistema normativo brasileiro, ou seja, a despeito da necessidade ou intenção de refúgio e abrigo em país estrangeiro, não é permitida a atuação em desconformidade com a lei, consistente na falsificação de documento ou sua entrada irregular em território estrangeiro, mesmo porque existem meios legais disponíveis para se atingir o objetivo pretendido. V - Dentro do juízo da tipicidade conglobante, não se observa qualquer norma no sistema legal que autorize o uso de passaporte falso, de molde a neutralizar a antinomartividade da ação, mantendo-se, portanto, a tipicidade material e formal. VI - A inexistência de prejuízo a terceiros não influi na verificação do injusto penal do tipo do art.304, do Código Penal, na medida em que se trata de crime cujo objeto jurídico é a fé pública, tratando-se, ademais, de crime de natureza formal, que não exige para consumação a verificação de qualquer resultado naturalístico desfavorável. VII - Dosimetria da pena privativa de liberdade mantida. VIII - A prestação pecuniária fixada na r. sentença no equivalente a 03 (três) cestas básicas, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) cada uma, e para cada um dos réus, não obstante a situação financeira destes não

ser condizente com tal encargo, não pode ser mitigada, eis que já fixada em valor inferior ao patamar mínimo legal. Por outro lado, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, também não comporta majoração. IX - Recurso da defesa improvido.(ACR 00041567520064036119, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2011 PÁGINA: 633 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REDUÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Apelação criminal interposta pela Defesa contra sentença que condenou o réu como incurso nos artigos 304 e 297 do Código Penal à pena de 2 anos de reclusão. 2. A materialidade do crime de uso de documento falso restou comprovada pelo laudo pericial que atesta a falsidade da Cédula de Identidade de Estrangeiro apreendida em poder do réu. Também está comprovada a autoria delitiva. 3. Incabível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de uso de cédula de identidade de estrangeiro falsa, posto que o bem juridicamente tutelado é a fé pública, e não pode ser quantitativamente valorada. Precedentes. 4. É irrelevante o fato de o réu ter ou não apresentado o documento de forma espontânea ou mediante solicitação da autoridade policial. Precedentes. 5. Relativamente à pena de prestação pecuniária, assiste razão à Defesa para diminuir as tendo em vista a condição financeira do acusado. 6. A sentença comporta reparo quanto à destinação da pena de prestação pecuniária que deve ser revertida em favor da entidade lesada com a ação criminosa, no caso a UNIÃO, nos termos do artigo 45, §1º do Código Penal. 7. Apelação parcialmente provida.(ACR 00063121020074036181, JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/02/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Não há que se falar, também, na desclassificação do delito de uso de documento falso para o crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal, tampouco para o crime do artigo 308 do Código Penal.

Com efeito, os crimes dos artigos 307 e 308 do Código Penal são subsidiários, ou seja, só ocorrerão caso a conduta não constitua crime de maior gravidade, como ocorreu no presente caso.

Ademais, a conduta incriminada no artigo 307 consubstancia-se pela simples atribuição de falsa identidade, e a prevista no artigo 308, na utilização de documento alheio, e não de documento falso.

Portanto, sequer estão preenchidos os elementos típicos dos citados artigos.

Não é possível, também, a absorção do uso de documento falso pelo crime de tráfico internacional de drogas.

Como é sabido, o delito de uso de documento falso não constitui um meio necessário para a incursão no delito de tráfico de drogas, tampouco constitui um desdobramento causal do delito de tráfico de drogas.

O réu não lançou mão do passaporte falso para praticar o crime de tráfico, mas sim, para não ser identificado pelas autoridades brasileiras com sua verdadeira identidade.

A corroboração com a não absorção dos delitos, o fato de que o crime de uso não se exauriu no crime de tráfico, já que o passaporte falso foi utilizado pelo revisionando ao ingressar no Brasil, mais de um mês antes de ter sido preso com as drogas.

Diante disso, inviável a consunção entre os crimes.

Nessa trilha:

PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O acusado usou o passaporte adulterado, mediante a remoção de páginas, perante as autoridades brasileiras no Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP), em 09.06.09, quando detido em flagrante pelo tráfico internacional de drogas. 2. O interrogatório do réu denota o conhecimento da supressão das páginas do documento, a corroborar o dolo da conduta. 3. O delito de falso não é crime meio para o tráfico internacional de entorpecentes, havendo dolo específico diferenciado para cada qual desses delitos. Inaplicável o princípio da consunção, não se admite absorção da falsidade pelo tráfico de drogas (STJ, HC nº 25.132, Rel. Min. Paulo Galotti, j. 29.06.09 e TRF 3ª Região, ACr nº 2009.61.19.005593-9, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 08.11.10). 4. Comprovadas a autoria e a materialidade do delito, impõe-se a condenação do réu pela prática do delito do art. 304 c. c. art. 297, ambos do Código Penal. 5. Apelação provida.(ACR 00103127420094036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO ARTIGO 304 CP - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO- INAPLICABILIDADE - FALSA IDENTIDADE. DELITO SUBSIDIÁRIO. PENA-BASE. REDUZIDA MAS MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE INTENSA. CONTINUIDADE DELITIVA. CARACTERIZADA. UTILIZOU O DOCUMENTO ADULTERADO POR DUAS VEZES. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. I. A materialidade do delito restou demonstrada pelo Laudo de Exame Documentoscópico II -. A autoria e dolo restaram demonstrados pelo conjunto probatório, inclusive pela confissão do acusado, na fase policial e judicial. III - Não procede o pedido de aplicação do princípio da consunção, uma vez que o falso aqui tratado não foi meio necessário à prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes. IV - Não é possível agravar a pena com alusão ao desajuste na personalidade e na conduta social dos acusados se tal avaliação se funda no registro de ação penal em curso, com condenação não transitada em julgado, como é o caso dos autos, visto que tal juízo choca-se com a Súmula 444 do STJ. V - Entretanto, a culpabilidade do apelante é intensa, pois tinha plena ciência que, para praticar o delito de tráfico de entorpecentes, teria que usar documento falso, e, inclusive, contribuiu para a adulteração do passaporte, pois forneceu sua foto para substituir a verdadeira, razão pela qual a pena-base deve ser majorada em 1/6 (um sexto). VI - Com razão a magistrada sentenciante ao reconhecer a continuidade delitiva, uma vez que o apelante confessou, em seu interrogatório judicial, ter usado o passaporte adulterado em duas ocasiões, quais sejam, quando ingressou no território nacional e quando dele tentou sair, tendo, nas duas ocasiões, apresentado o passaporte falso perante as autoridades brasileiras. VII - Recurso parcialmente provido.(ACR 00015846220034036181, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2011 PÁGINA: 40 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Em resumo, concluo que a materialidade, autoria, consciência da ilicitude e o dolo de praticar o crime de uso de documento falso pelo revisionando restaram devidamente comprovados, nas três vezes assinaladas na denúncia, não havendo mínima ilegalidade no édito condenatório.

Quanto à dosimetria da pena, consignou a r. sentença (fls. 243/246):

(...)

Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. Quanto aos antecedentes criminais do acusado, verifico que ele já foi condenado e cumpriu pena privativa

de liberdade quanto ao delito de tráfico internacional de drogas. Todavia, tal registro não deve ser considerado em seu desfavor, haja vista que os fatos apurados neste processo ocorreram no mesmo contexto, ou seja, o acusado era primário à ocasião da prática do fato apontado na denúncia deste processo. De igual modo, inexistem nos autos elementos que desabonem sua conduta social. Quanto à culpabilidade, considero-a significativa, pois o réu não deu importância ao bem jurídico tutelado na espécie - a fé pública, o que se revela pela sua intenção de praticar o crime e deixar o país, após ter feito uso de documento falso, deixando extrema de dúvidas a pretensão de se furtar à aplicação da Lei Penal por esse delito. A personalidade do agente se revelou tendente à busca pelo “caminho mais fácil”, independentemente dos prejuízos que possa causar à sociedade, razão pela qual deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável. Do mesmo modo, as circunstâncias do crime não indicam maior censura à conduta criminosa do que o exigido para os fins buscados pela esfera penal; no que pertinente às suas conseqüências, a conduta do réu, isoladamente, não comprometeu o controle do tráfego de pessoas no País. Do confronto entre as circunstâncias negativas e positivas, exsurge como justa e adequada à reprovação da conduta criminosa praticada por Tochukwu Ezeani uma pena-base um pouco acima no mínimo legal: 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do maior salário mínimo vigente à época do crime, por inexistirem dados acerca da sua situação econômica. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Restando configurado o concurso material entre a primeira conduta praticada pelo acusado, no dia 11/11/2003, e a segunda praticada em 27/12/2003, a pena anteriormente aplicada deve ser somada, perfazendo o total de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de 22 (vinte e dois) dias-multa. Por fim, devido à configuração da continuidade delitiva (art. 71 do CP), acresço 1/6 (um sexto) àquela quantidade de pena e alcanço o patamar de 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, bem como 25 (vinte e cinco) dias-multa, sendo cada dia-multa no valor fixado inicialmente, pena esta que torno DEFINITIVA. Nos termos do artigo 44, III, do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porque as circunstâncias judiciais revelam que essa última modalidade de pena é insuficiente no caso em tela. Para o cumprimento da pena, fixo o regime inicial semi-aberto, nos termos do artigo 33, 2º, “b”, e 3º, todos do Código Penal Brasileiro. O acusado poderá recorrer em liberdade, nos termos do art. 594 do CPP.

(...)

Pelo exposto, verifico que o aumento da pena base está bem fundamentado, tendo o Magistrado sentenciante valorado, sob seu critério, as circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal, sem descuidar da observância ao princípio da não culpabilidade consagrado no enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, não há como desconsiderar que o uso do documento falso pelo revisionando no Brasil visava, além de sua clandestinidade, a prática incólume de crime equiparado a hediondo em nosso país.

Soma-se a isso, como é sabido, que em sede de revisão criminal não é possível reformar a pena, reapreciando-se os critérios individualizadores de fixação estipulados na sentença ou acórdão, sendo necessária a configuração de alguma ilegalidade ou erro material no cálculo apresentado.

Nesse sentido:

PENAL - REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - HIPÓTESES - INOCORRÊNCIA - PRETENSO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS ANALISADAS EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS - PENA FIXADA

DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - REVISÃO IMPROCEDENTE. 1. O pedido revisional intenta reapreciação de dosimetria da pena exaustivamente analisada e fundamentada na sentença e apelação e que não veio a ser refutada por provas novas, a teor dos pressupostos elencados no art. 621, do Código de Processo Penal. 2. A alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o “texto expresso da lei”. Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o fito de obter dos membros do Tribunal um juízo de valor que seja diverso do juízo manifestado pelo Magistrado “a quo” ou pelo Órgão Colegiado. 3. Revisão improcedente.

(RVC 00110464420124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01.03.2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Desta forma, deve ser mantida a pena-base fixada acima do mínimo legal, tal como estipulada na sentença.

O concurso material entre as duas condutas narradas, uma quando o revisionando ingressou no Brasil em 11/11/2003 (imigração), e a outra quando tentava deixar o país em 27/12/2003 (emigração), também é evidente.

O lapso temporal entre essas duas condutas foi de 46 dias, não havendo como considerá-las como única, tampouco como continuidade uma da outra.

O revisionando, a todo tempo, poderia ter se identificado com documento verdadeiro, preferindo usar documento falso, agindo, portanto, com propósitos autônomos.

A terceira conduta, no entanto, caracterizou-se pela identificação do revisionando junto ao Agente da Polícia Federal, após ter passado pelo setor de emigração, isto é, após a segunda conduta.

Assim, a continuidade delitiva somente pode ser considerada entre a segunda e terceira conduta, e não pelo somatório das duas condutas anteriores, conforme constou da sentença rescindenda.

Tratando-se de pequeno erro técnico no cálculo, penso que sua correção é de rigor e pode ser feita nesta seara.

Assim, considerando a continuidade delitiva ocorrida entre a conduta do revisioanando ao passar pela emigração e, em momento posterior, ao se identificar perante o agente da Polícia Federal, uma vez que pela condição de tempo, lugar e modo, tais condutas podem ser entendidas como continuação uma da outra, a pena, somente de uma dessas condutas, é que deve ser majorada na fração de 1/6 (um sexto), restando, assim, estipulada em 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias multa.

Diante do concurso material reconhecido entre a primeira conduta e as demais, a pena resta definitivamente fixada em *05 anos e 20 dias de reclusão e 23 dias multa*.

Ante o exposto, conheço da presente revisão criminal e julgo o pedido parcialmente procedente, apenas para considerar o aumento referente à continuidade delitiva somente entre a segunda e a terceira conduta perpetrada pelo revisionando, resultando a pena definitivamente fixada em 05 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e 23 dias multa, no valor unitário mínimo, nos termos do expendido.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

“HABEAS CORPUS”
0002958-46.2014.4.03.0000
(2014.03.00.002958-8)

Impetrantes: ROBERTO PODVAL E OUTROS
Pacientes: LUIZ ANTONIO SCUSSOLINO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP
Corréus: MARIA JOSE GOUVEIA GASPARINI E FRANCISCO MAURO SCABORA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: HC 57337
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, FRAUDE À EXECUÇÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA VINCULANTE 24. INAPLICABILIDADE PARA OS CRIMES NÃO TRIBUTÁRIA IMPUTADOS AOS PACIENTES.

1 - Ordem de *habeas corpus* visando o trancamento de ação penal instaurada em face dos pacientes, imputando-lhes a prática dos delitos tipificados nos arts. 288, 298, 299, 179 e 296, §1º, inciso III, todos do Código Penal.

2 - Denúncia parcialmente rejeitada quanto ao crime contra a ordem tributária.

3 - Violação ao art. 83 da Lei nº 9.430/96. Inocorrência.

4 - Conforme decidido pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 1571, a norma contida no artigo 83 da Lei 9.430/66 destina-se aos agentes da Administração Fazendária, e não aos Membros do Ministério Público Federal.

5 - No caso em tela, não houve remessa de ofício pelos agentes fiscais da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, mas sim requisição da representação pela Procuradoria da República.

6 - Afronta à Súmula Vinculante nº 24 do STF. Inocorrência.

7 - Depreende-se da inicial acusatória que as fraude e falsidades narradas não se relacionavam unicamente ao crime tributário, mas tinham como objetivo desviar e ocultar o patrimônio da Ludival, descapitalizando a empresa.

8 - Como se observa da narrativa da denúncia, a sonegação fiscal não constitui o único crime-fim, sendo que as falsificações atribuídas aos acusados tinham também por objetivo a descapitalização da Ludival e consequente fraude às execuções nas esferas federal, estadual e municipal, fraude a credores, tratando-se de delitos autônomos.

9 - Não se extrai dos autos a incidência do princípio da consunção na presente hipótese, havendo elementos demonstradores da autonomia dos demais delitos frente ao crime contra a ordem tributária, o que afasta a incidência da Súmula Vinculante 24 do STF, esvaziando a discussão trazida na presente impetração quanto à necessidade da constituição definitiva do lançamento tributário.

10 - Por seu turno, o crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o cometimento de crimes por integrantes

da associação.

11 - Desnecessária a comprovação dos crimes que os integrantes da associação teriam praticado em unidade de desígnios e, ainda que o fim do grupo criminoso fosse somente a prática de crimes contra a ordem tributária, o que não ocorre *in casu*, conforme já destacado linhas atrás, a Súmula Vinculante nº 24 do STF não constitui óbice para a persecução criminal do delito do art. 288 do CP.

12 - Ordem denegada.

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, *denegar a ordem*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Roberto Podval, Odel Mikael Jean Antun, Marcelo Gaspar Gomes Raffaini e Mariana Tranchesí Ortiz em favor de LUIZ ANTONIO SCUSSOLINO, DANIEL LUNARDI SCUSSOLINO, DANILO LUNARDI SCUSSOLINO e STEFÂNIA SANTINA SCUSSOLINO DA CUNHA, contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Piracicaba/SP praticado nos autos da ação penal nº 0003729-98.2012.403.6109.

Narram os impetrantes, em síntese, que os pacientes foram denunciados como incurso nas penas dos artigos 288, 298, 299, 179 e 296, §1º, inciso III, todos do Código Penal e artigo 2º, I, c.c. artigo 12, I, da Lei 8.137/90, por terem supostamente, na qualidade de representantes da empresa LUDIVAL MÓVEIS LTDA, suprimido tributos federais (IPI, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), mediante expedientes tidos pela autoridade fazendária como fraudulentos.

Relatam os impetrantes que, não obstante a ausência de “decisão final, na esfera administrativa sobre a exigência e o montante do crédito tributário em discussão, em evidente afronta ao artigo 83, da Lei Federal nº 8.430/96”, a denúncia foi recebida pela autoridade coatora, sendo rejeitada, porém, quanto à imputação do delito do artigo 2º da Lei 8.137/90, pois “se houve com a prática das condutas a supressão e/ou redução de tributos, configura-se o delito tipificado no artigo 1º, I, e não o descrito no artigo 2º, I, cumprindo aguardar-se a constituição definitiva do crédito lançado para se dar início à ação penal, em homenagem à Súmula Vinculante nº 24 do E. STF”.

Afirmam os impetrantes que, “embora esse entendimento se aplique às demais imputações da denúncia - já que os supostos fatos nela descritos correspondem tão somente ao modus operandi da eventual supressão ou redução de tributo -, o juízo da 1ª Vara Federal de Piracicaba limitou-se a afastar a imputação do crime do art. 2º da Lei nº 8.137/90, mantendo a ação penal em desfavor dos pacientes em relação a todos os demais tipos delitivos imputados”.

Sustentam os impetrantes que a manutenção da ação penal em desfavor dos pacientes configura constrangimento ilegal, uma vez que a persecução penal é nula, pois decorrente da remessa da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal antes do término

dos procedimentos administrativo-fiscais, em afronta ao artigo 83 da Lei 9.430/96. Aduzem ainda que a ação não pode prosseguir em relação aos demais delitos, dado que inseridos no mesmo contexto (não pagamento de tributos à Receita Federal), e porque eventuais delitos integram o *modus operandi* do delito fiscal, sendo por este absorvidos.

Aduzem que, “embora na denúncia ofertada contra os pacientes o Ministério Público Federal tente, sem sucesso, sustentar uma imputação autônoma de fatos que representam o *modus operandi* em tese empregado na execução do delito tributário, é certo que todos os expedientes fraudulentos narrados inserem-se no contexto da sonegação fiscal e só têm razão de ser nesse contexto”. E diante da impossibilidade de se ofertar imputação autônoma das falsidades que consubstanciam a própria fraude, elementar típica do delito fiscal, imputou-lhes os crimes-meio, em desrespeito ao princípio da consunção.

Argumentam que, com a nova redação conferida pela Lei 12.850/2012, para a configuração do crime do artigo 288 do CP é necessária a reunião de agentes com o fim específico de cometer crimes e a atividade econômica desempenhada pelo paciente Luiz Antonio é lícita (fabricação e comércio de estofados), não se podendo considerar a sociedade empresária como associação criminosa. Sustentam ainda que o próprio órgão acusador admitiu que o crime de formação de quadrilha está atrelado à apuração do crime tributário, ao cometimento de fraude fiscal, de modo que carece de justa causa a persecução penal quanto ao crime de formação de quadrilha por ausência de constituição definitiva do crédito tributário.

Asseveram, ainda, que, no tocante ao delito do artigo 179 do CP, se os cheques não se destinavam ao pagamento das notas fiscais contabilizadas, já que estas seriam inidôneas, trata-se de mero exaurimento do crime tributário, pois emitido apenas para conferir aparência de legalidade a toda operação.

Pretendem os impetrantes, em liminar, a suspensão da ação penal em curso até o julgamento final do *writ*, tendo em vista que foi designada audiência de instrução para o dia 11/03/2014. Ao final, pedem seja reconhecida a ausência de justa causa para a ação penal em virtude da violação da Súmula Vinculante nº 24 e a nulidade do processo crime, desde o encaminhamento da Representação Fiscal para Fins Penais ao MPF, em decorrência da violação do artigo 83 da Lei 9.430/96.

Requisitadas informações à autoridade impetrada (fls. 615/616), foram prestadas às fls. 620/624v, com os documentos de fls. 625/671.

A liminar foi indeferida às fls. 673/674v.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 676/691, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

A ordem deve ser denegada.

Da alegação de nulidade do processo em virtude da violação ao dispositivo no artigo 83 da Lei 9.430/96.

A tese de nulidade não merece acolhimento.

Dispõe o alegado dispositivo:

Artigo 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

No entanto, conforme decidido pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 1571, a norma contida no artigo 83 da Lei 9.430/66 destina-se aos agentes da Administração Fazendária, e não aos Membros do Ministério Público Federal:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. Notícia *criminis* condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”. 4. A *norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público*. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notícia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação

(STF, ADI 1571, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 30-04-2004 PP-00027 EMENT VOL-02149-02 PP-00265)

No caso em tela, não houve remessa de ofício pelos agentes fiscais da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, mas sim requisição da representação pela Procuradoria da República, conforme se verifica às fls. 33/34.

Os próprios impetrantes expressam na inicial (fls. 04) que a remessa da representação fiscal pela Receita Federal decorreu de requisição do Ministério Público Federal:

... Ao tomar ciência da referida operação fiscal pela imprensa local e dos expressivos valores supostamente sonegados, a Procuradoria da República do município de Piracicaba expediu ofício à Receita Federal requisitando àquele órgão “a imediata remessa a esta Procuradoria da República da competente Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) lavrada em face do contribuinte, *independentemente da constituição definitiva do crédito tributário*” (dos. 01, destacamos).

O pleito restou atendido pelo órgão fiscal, que elaborou e encaminhou ao *parquet* a Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) nº 13888.055642/2010-99 *sem que tivesse sido proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência e o montante do crédito tributário em discussão*, em evidente afronta à regra do artigo 83, da Lei Federal nº 9.430/96 (doc. 02).

Ora, a toda evidência, o ente fiscal não agiu de ofício ao encaminhar à Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público Federal. Contrariamente ao alegado, a Receita

Federal atendeu, nos termos da Lei, a requisição que lhe foi dirigida pelo *parquet*.

Com efeito, o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 estabelece o poder requisitório do membro do Ministério Público, sendo certo que os §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal estabelece a inoponibilidade da exceção do sigilo, bem como a responsabilidade do agente pela falta injustificada quanto ao atendimento da requisição.

Em outras palavras, não há que se falar em violação ao artigo 83 da Lei 9.430/96 e, consequentemente, em ilegalidade na remessa pela Delegacia da Receita Federal da representação fiscal para fins penais à Procuradoria da República, a pedido desta.

Da alegação de ausência de justa causa para a ação penal, em afronta à súmula 24 do STF. Também não procede a alegação.

De início, cumpre registrar que a denúncia foi rejeitada quanto à imputação do crime tributário (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90).

Além disso, conforme se verifica da denúncia, além da narração de crime tributário, há a imputação de diversos outros crimes autônomos como falsidade ideológica, falsidade material, falsificação de sinal público, fraude à execução e associação criminosa.

Depreende-se da inicial acusatória que as fraude e falsidades narradas não se relacionavam unicamente ao crime tributário, mas tinham como objetivo desviar e ocultar o patrimônio da Ludival, descapitalizando a empresa.

Segundo a inicial, por meio de expedientes fraudulentos, o patrimônio da Ludival foi transferido para “empresas de fachada”, todas do mesmo grupo econômico (Dival, Zilog, Zitral, Luizzi e Xapex), bem como para o patrimônio pessoal dos acusados, por meio da aquisição de bens (fazendas, veículos, obras de arte, gado) e pagamento das despesas dos acusados e do Grupo.

Segundo a denúncia, “as empresas do Grupo têm uma mesma finalidade, constituem um só empreendimento, e a constituição e a operação de várias sociedades tem por fim ludibriar terceiros, implementar manobras de desvio de recursos e ocultação de patrimônio contra dívidas inadimplidas, dentre elas, as contraídas perante o Fisco” (fl. 493)

A denúncia narra, em síntese, as imputações penais atribuídas aos pacientes:

VII - SÍNTESE DAS IMPUTAÇÕES PENAIS

Diante das condutas comprovadas, narradas acima, conclui-se que os acusados LUIZ ANTONIO, DANIEL, DANILO, STEFÂNIA, MARIA JOSÉ e FRANCISCO, de forma consciente e voluntária, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, sob a organização e direção de LUIZ ANTONIO, praticaram as seguintes infrações penais:

7.1. DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO NA FORMA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CP c/c LEI 9.034/95)

7.1.1. Pelo menos no período de 06/01/2005 até 13/10/2009, associaram-se de forma permanente e estável, nos moldes de uma organização criminosa, para a prática reiterada de crimes, sobretudo falsidades ideológicas (art. 299 do CP), de documentos particulares (art. 298 do CP), de sinais públicos (art. 296, § 1º, III, do CP), de fraude à execução das fazendas públicas municipal, estadual e federal (art. 179 do CP) e crimes contra a ordem tributária (art. 2º, 1, da Lei nº 8.137/90).

7.2. DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP)

7.2.1. Na data de 01/02/2007, constituíram a pessoa jurídica ADA, cujos atos constitutivos foram arquivados na JUCESP no dia 27/02/2007, omitindo informações e inserindo informações falsas no respectivo contrato social ao registrarem como únicos sócios os acusados MARIA JOSÉ e FRANCISCO, alterando assim, fato juridicamente relevante com a finalidade

de prejudicar direitos de terceiros (credores), pois trata-se de empresa de fachada pertencente “de fato” aos acusados LUIZ ANTONIO, STEFÂNIA, DANIEL e DANILO.

7.2.2. Na data de 13/02/2008, constituíram a pessoa jurídica LEGACY, cujos atos constitutivos foram arquivados na JUCESP no dia 22/02/2008, inserindo informações falsas no respectivo contrato social a fim de conferir-lhe existência autônoma em relação à LUDIVAL e LUIZZI, tendo como sócios as pessoas jurídicas DADYLO e DDS, assinando por elas os acusados DANIEL e DANILO. Trata-se de empresa de fachada pertencente ao grupo criminoso, utilizada para efetuar a venda de bens móveis produzidos pela LUDIVAL e LUIZZI para outros clientes, a fim de burlar a exclusividade de venda para as Casas Bahia.

7.2.3. Na data de 05/01/2008, ao elaborarem contrato de locação fictício entre a XAPEC e a LUDIVAL, assinando pelo locador DANILO e pela locatária a denunciada STEFÂNIA, os acusados nele consignaram negócio jurídico inexistente de fato, com a finalidade de justificar e dar aparência de legalidade à instalação da fábrica da LUDIVAL em imóvel pertencente à XAPEC e possibilitar a transferência de recursos da LUDIVAL para a XAPEC dissimulando a verdadeira motivação.

7.3. DOS CRIMES DE FALSIDADE DE DOCUMENTOS PARTICULARES (ART. 289 DO CP)

7.3.1. No período de 06/01/2005 a 29/12/2008, o falsificaram, no todo, 1.310 (mil trezentos e dez) documentos particulares, consistentes nas notas fiscais falsas de 26 (vinte e seis) pessoas jurídicas distintas, indicadas como supostos fornecedores de insumos da LUDIVAL, constantes no quadro 3 acima. Esses documentos falsos foram utilizados na escrituração contábil da LUDIVAL, em prejuízo da Fazenda Pública e de todos os demais credores que entabularam relações comerciais com o Grupo LUDIVAL, bem como sujeitaram as verdadeiras empresas que figuraram como supostas emitentes em tais notas falsas a constrangimentos perante o Fisco.

7.3.2. No período de 20/06/2005 a 13/10/2009, os acusados falsificaram, em parte, pelo menos 284 (duzentos e oitenta e quatro) documentos particulares, mediante a aposição de falsos carimbos e a falsificação das assinaturas para endosso dos cheques emitidos pela LUDIVAL e pela ADA destinados ao pagamento de notas fiscais falsas.

7.4. DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO (ART. 296, § 1º, III, DO CP)

7.4.1. No período de 05/01/2005 a 22/12/2008, os acusados falsificaram e utilizaram indevidamente sinais atribuídos por lei à entidade de direito público, consistentes em carimbos de fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná de 04 (quatro) postos de-- fiscalização distintos, com o respectivo brasão identificador do órgão, apostos em 645 (seiscentos e quarenta e cinco) notas fiscais falsas, violando, assim, a fé pública daquele órgão de fiscalização estadual.

7.5. DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA DO ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90

7.5.1. Pelo menos no período de 06/01/2005 a 13/10/2009, os acusados empregaram, reiteradamente, complexa e sofisticada fraude para eximir-se do pagamento de tributos lançados em face da pessoa jurídica LUDIVAL, definitivamente constituídos mas ainda não executados judicialmente, mediante os diversos artifícios fraudulentos para a blindagem patrimonial narrados nesta denúncia, sobretudo: a-) a descapitalização da empresa LUDIVAL e a utilização da empresa de fachada ADA para a centralização dos recebimentos e pagamentos da LUDIVAL e a posterior distribuição de valores para as demais empresas do grupo e para os acusados, inclusive para a aquisição de bens como fazendas e obras de arte, com a dissimulação da origem dos recursos utilizados em tais transações; b-) o registro, em nome da XAPEC, de bens adquiridos com receitas obtidas pela comercialização de produtos da LUDIVAL; c-) a inclusão, nos quadros societários das empresas do Grupo (XAPEC, LUIZZI, ZITRAL, ZILOG, LEGACY) de outras pessoas jurídicas (DDS, DADYLO, FASAL), para que estas últimas servissem de anteparo contra os credores; dentre outros expedientes fraudulentos.

7.5.2. Considerando que as fraudes empregadas impediram até esse momento o ingresso aos cofres públicos de elevado montante de tributos e contribuições federais, está caracterizado o

grave dano causado à coletividade previsto no artigo 12, I, da Lei 8.137/90. Deveras, os tributos e contribuições sociais devidos pela LUDIVAL perfaziam o montante de R\$ 127.763.002,56, conforme informação da Receita Federal 10/11). Este valor equivale a mais de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) salários mínimos, criminosamente solapado do erário e que deixou de ser aplicado nas políticas públicas, desfalcando áreas de singular interesse social como a educação, saúde, habitação etc. Conforme informações divulgadas pela imprensa regional (fl. 225 e doc. 18 do Anexo MPF), a operação “Flecha Partida”, codinome dado pela Receita Federal à fiscalização que embasa esta denúncia, desbaratou o maior esquema de sonegação fiscal na região de Piracicaba já apurado na história da Delegacia da Receita Federal sediada neste município.

7.6. DO CRIME DE FRAUDE À EXECUÇÃO (ART. 179 DO CP)

7.6.1. Pelo menos no período de 06/10/2005 a 13/10/2009, os acusados fraudaram, reiteradamente, execuções fiscais de tributos federais, estaduais e municipais e de contribuições sociais, conforme quadros 5, 6 e 7, desviando bens da LUDIVAL e simulando dívidas em seu desfavor, mediante as fraudes descritas nesta denúncia. Ressalve-se, quanto a esta imputação, que estarão prescritas as condutas consumadas até 04 (quatro) anos da data do recebimento desta denúncia.

7.6.2. Conforme quadros 5, 6 e 7 e documentação ora anexada, mediante as condutas acima narradas os acusados frustraram, reiteradamente, as execuções fiscais de diferentes tributos de competência dos três entes da federação, isto é, tributos federais (IRPJ, COFINS, PIS), estadual (ICMS) e municipal, além de contribuições sociais, razão pela qual aplicáveis as regras do concurso formal (art. 70 do CP) e do crime continuado (art. 71), cumulativamente.

Como se observa da narrativa da denúncia, a sonegação fiscal não constitui o único crime-fim, sendo que as falsificações atribuídas aos acusados tinham também por objetivo a descapitalização da *Ludival* e consequente fraude às execuções nas esferas federal, estadual e municipal, fraude a credores e, ainda, ludibriar o acordo de exclusividade comercial firmado com as Casas Bahia, tratando-se de delitos autônomos, não se exaurindo no delito fiscal.

Em que pese o esforço dos impetrantes em sustentar que os crimes imputados restariam absorvidos pelo crime contra a ordem tributária, a exposição da *denúncia os demais elementos constantes dos autos não levam a essa conclusão*.

Ademais, a via estreita do *habeas corpus*, conforme entendimento jurisprudencial há muito sedimentado, não permite a incursão aprofundada na análise fático-probatória.

Sobre o tema:

(...) III - Ainda, relativamente à tese de que a continuidade delitiva não poderia ser reconhecida na hipótese, porquanto o paciente teria cometido apenas um único fato delituoso contra a vítima, e que se mostra frágil o conjunto probatório produzido nos autos, verifico que a análise de tal questão necessitaria de amplo revolvimento do material fático-probatório, o que, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, mostra-se inviável em sede de *habeas corpus*. (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

..EMEN:(HC 200702100774, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:23/06/2008 LEXSTJ VOL.:00229 PG:00316 ..DTPB:.)

Desse modo, não se extrai dos autos a incidência do princípio da consunção na presente hipótese, havendo elementos demonstradores da autonomia dos demais delitos frente ao crime contra a ordem tributária, o que afasta a incidência da Súmula Vinculante 24 do STF, esvaziando a discussão trazida na presente impetração quanto à necessidade da constituição definitiva do lançamento tributário.

Por seu turno, o crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o cometimento de crimes por integrantes da associação.

Nesse sentido situa-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *v.g.*:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime de quadrilha ou bando. Delito formal contra a paz pública. Circunstâncias elementares do tipo. Concurso de, pelo menos, quatro pessoas, finalidade específica dos agentes e estabilidade do consórcio. Exigência da prática ulterior de delito compreendido no projeto criminoso. Desnecessidade. Figura autônoma. Descrição suficiente dos fatos elementares. Denúncia apta. Impossibilidade de aprofundar a cognição dos fatos à luz da prova. HC denegado. Inteligência do art. 288 do Código Penal. Precedentes. *Crime formal, o delito de quadrilha ou bando consuma-se tanto que aperfeiçoada a convergência de vontade dos agentes e, como tal, independe da prática ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas.*

(STF, 2ª Turma, HC 88978/DF, Rel. Min. Cesar Peluso, DJe 20.09.2007) (g.n.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. (1) AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. INVIABILIDADE. (2) PRISÃO PREVENTIVA. RISCO PARA A ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. SOFISTICADO GRUPO ARMADO. ESPECIALIZADO EM EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. (...) 1. A ação penal pelo crime de quadrilha não se ressent de falta de justa causa, pois, apesar de não ter sido o paciente denunciado pelas infrações penais planejadas pelo bando, tem-se a narrativa de sua contribuição para o concerto sceleris. *Pontue-se que o delito do art. 288 do CP compõe-se de comportamento típico autônomo, que não depende, portanto, do advento da prática das ações idealizadas.* (...)

(STJ, 6ª Turma, HC 122617, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 08.09.2009.) (g.n.)

Dessa forma, desnecessária a comprovação dos crimes que os integrantes da associação teriam praticado em unidade de desígnios e, ainda, que o fim do grupo criminoso fosse a prática de crimes contra a ordem tributária, o que não ocorre *in casu*, conforme já destacado linhas atrás, tendo em mira os outros delitos a eles atribuídos, a Súmula Vinculante nº 24 do STF não constitui óbice para a persecução criminal do delito do art. 288 do CP.

É de se registrar que, com o advento da Lei nº 12.850/2013, que deu nova redação ao artigo 288 do Código Penal, para a configuração do delito é necessária que a associação tenha o “*fim específico de cometer crimes*”. Ou seja, os integrantes da associação devem pretender a realização de delitos determinados. Nesse sentido anota Guilherme de Souza Nucci, *in* Código Penal Comentado, Ed.RT, 14ª ed., 2014, pg. 1195/1196:

23. *Finalidade específica*: a reforma introduzida pela Lei 12.850/2013 incluiu, no tipo penal, o termo específico, referindo-se ao fim dos agentes. Nada mais fez o legislador que consagrar a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de se exigir a finalidade especial de cometer crimes, o que configura o caráter de durabilidade e estabilidade da associação, diferenciando-se do mero concurso de agentes. Por outro lado, é preciso ressaltar devam tais delitos, visados pelo agrupamento, ser determinados, vale dizer, não basta um singelo ajuntamento de pessoas que não têm a menor noção do que fazer. Por outro lado, para se concretizar a estabilidade e a permanência, devem os integrantes da associação pretender realizar mais de um delito. Não fosse assim e tratar-se-ia de concurso de agentes, como já mencionado. Acrescentem-se,

ainda, serem fatos atípicos o agrupamento de pessoas com outras finalidades especiais, sem o objetivo de conturbar a paz pública, mas, sim, com a meta de chamar a atenção para a solução de algum problema. Conferir: TJSP: “Não caracterização de quadrilha ou bando [hoje, associação criminosa] - Movimento dos Sem Terra - Associação para a prática de crimes não comprovada - Invasão de propriedades com a finalidade de pressionar autoridades - Expediente que, apesar de perturbar a ordem pública, importa ilícito civil - Absolvição mantida” (Ap. 272.550-3-Andradina, 5.a C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v. u., JUBI 54/01).

Quanto ao ponto, alegam os impetrantes que, para a configuração do crime, é necessária a reunião de agentes com o fim específico de cometer crimes, sendo que a atividade empresarial desenvolvida pelos pacientes é lícita, qual seja, a fabricação de móveis e estofamento.

Contudo, não é esta a descrição constante da denúncia, donde se extrai que, a par da associação lícita concernente à empresa de fabricação de móveis, os pacientes também se associaram para a prática de diversos crimes.

Assim, ante a ausência de evidente comprovação da manifesta ilegalidade, resta inviabilizado o acolhimento da pretensão de trancamento da ação penal.

Nesse sentido:

... 5. Falta de justa causa: em sede de *habeas-corpus* só é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie.

(STF – 2ª Turma - HC 73208-RJ - DJ 07.02.1997 p. 1337)

Diante de todo o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA**0015936-55.2014.4.03.0000****(2014.03.00.015936-8)**

Impetrante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SP
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Interessado: ANDRÉ ZANATTA FERNANDES DE CASTRO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: MS 351939
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONSTATAÇÃO DE PLANO. NECESSIDADE. ASSISTENTE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PROCESUAIS. EXIGIBILIDADE.

1. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo.

2. Discute-se acerca da faculdade assegurada à Ordem dos Advogados do Brasil instituída pelo art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906, pelo qual se concede aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rejeitado a intervenção da OAB como assistente em razão de interesse meramente corporativo ou lato sensu, exigindo, ao contrário, a comprovação de efetivo interesse jurídico, nos termos do que dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil (STJ, Edcl nos EREsp 650246, Rel. Min. César Afsor Rocha, j. 27.06.12; STJ, CE, AgRg nos EREsp 1146066, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.05.11; REsp nº 1172634, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.03.11; AgRg no Ag 1253420, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.10). Com efeito, a atividade jurisdicional tem a função de decidir ou compor conflito de interesses entre as partes, não sendo sede adequada para discussões de outra natureza, teóricas ou práticas, como intuitivamente seriam as questões de interesse geral ou político da advocacia. Há de se configurar um interesse jurídico, no sentido próprio da expressão, para que terceiros venham a participar da relação jurídica processual, ainda que a legislação extravagante, afora a disposição contida no próprio Código, confira semelhante legitimidade. Não há razão para que a matéria seja tratada diversamente no processo penal. O art. 49, *caput*, da Lei nº 8.906/94 concede legitimidade às autoridades nele indicadas para agir, judicial e extrajudicialmente, *contra* qualquer pessoa que infringir as disposições ou fins dessa Lei. Tais autoridades, portanto, detêm legitimidade para as medidas processuais cabíveis contra quem tenha infringido suas disposições. Logo, com a violação às normas legais surge o interesse jurídico propriamente dito passível de ser feito valer pelas vias jurisdicionais pelas autoridades indicadas (Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB). A legitimidade (extraordinária) não torna desnecessária a existência de interesse (processual). Sendo tal a norma do *caput* do art. 49 da Lei nº 8.906/94, não há razão para disso destoar a disposição contida no seu

parágrafo único: há uma indicação expressa na norma de que essa mesma legitimidade para intervir abrange, não somente as medidas judiciais e extrajudiciais de iniciativa própria daquelas autoridades, mas também feitos em andamento, nomeadamente “inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”. Não basta a condição de advogado ou estagiário, portanto. É necessário que esteja presente o interesse jurídico consoante estabelecido pelas normas processuais de regência, seja no âmbito do processo civil (CPC, arts. 50 e segs), seja no âmbito do processo penal (CPP, arts. 268 e segs.). É o que também se pode inferir do seguinte precedente, relativo ao processo penal (STJ, AgRg no HC 55631, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.12.06).

3. Segurança denegada.

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALLOW (Relator):

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, contra decisão do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal em São Paulo, que indeferiu, na Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, o pedido de assistência formulado pela OAB em favor do denunciado André Zanatta Fernandes de Castro (fls. 80/81).

Alega-se, em síntese, que:

a) a OAB possui legitimidade ativa para aforar Mandado de Segurança, arrostando “o desrespeito ao livre exercício da advocacia e vulneração a preceitos constitucionais (e também os de inferior hierarquia legislativa) enunciadores de direitos básicos dos profissionais que congrega” (fl. 05);

b) o interessado André Zanatta Fernandes de Castro, advogado corporativo da empresa Google Brasil Internet Ltda., requereu a assistência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, nos autos da Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, em que se vê acusado do delito de desobediência;

c) o interessado André Zanatta Fernandes de Castro não é nem jamais foi representante legal ou diretor jurídico da empresa Google Brasil Internet Ltda., mas dela é apenas empregado, na função de advogado corporativo;

d) a pertinência do deferimento, ou não, da assistência aos advogados compete única e exclusivamente à OAB, que tem legitimação legal para defender os profissionais inscritos nos seus quadros, consoante se depreende do art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94;

e) o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 8.906/94 legitima os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB a intervir em defesa dos advogados, inclusive nos inquéritos e

processos em que esses sejam indiciados, acusados ou ofendidos;

f) a concessão de liminar para sobrestar o andamento da Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181 da 5ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo e, no final, a concessão da ordem (fls. 2/28).

Foram juntados os documentos de fls. 29/82.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 84/84v.).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 86/86v.).

Manifestou-se a Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Auristela Oliveira Reis, pela concessão parcial da ordem, “para deferir-se a assistência, recebendo a requerente a causa no estado em que se encontrar” (fl. 89v.) (fls. 89/89v.).

A impetrante opôs embargos de declaração, com efeitos infringentes, sob o fundamento de existência de ambiguidade, contradição e omissão na decisão que indeferiu o pedido liminar (fls. 92/101).

Às fls. 104/105v., a Juíza Federal Louise Filgueiras deu parcial provimento aos embargos de declaração, sem lhe atribuir efeitos modificativos, apenas para esclarecer que não cabe recurso contra decisão que admite ou nega a assistência, consoante previsão do art. 273 do Código de Processo Penal.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALLOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALLOW (Relator):

Do processo. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que formulou o pedido de assistência, não é parte na Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181 e não pode interpor recurso nos autos, nos termos do art. 577 do Código de Processo Penal. Se fosse parte, ainda teria aplicação o art. 273 do mesmo Código, que veda a interposição de recurso contra a decisão que admitir ou indeferir pedido de assistência em ação penal.

Portanto, é cabível o *mandamus* na hipótese dos autos, possuindo a Ordem dos advogados do Brasil (OAB) legitimidade *ad causam* para a sua impetração.

Direito líquido e certo. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo, cujo conceito amplamente aceito é o seguinte:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação

posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (...). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações. (MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 28-29, n. 4)

Assim, a segurança somente será concedida quando comprovado de plano o direito líquido e certo, não se admitindo dilação probatória:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. (...)

3. O mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, com procedimento regulado pela Lei 1.533/51, é ação de natureza sumária, indicado para a proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, que deve ser comprovado de plano, não se permitindo dilação probatória. Para que o impetrante obtenha êxito em sede de *mandamus* é essencial que traga aos autos as provas pré-constituídas necessárias para demonstrar a existência de seu direito líquido e certo. Todos os fatos devem estar documentalmente comprovados no momento da impetração, ou seja, com a inicial devem estar presentes os elementos necessários para o exame das alegações apresentadas na petição inicial pelo impetrante (...).

(STJ, EDcl no RMS nº 24137-RS, Rel. Min. Denise Arruda, j. 06.08.09)

Assistência. Ordem dos Advogados do Brasil. Requisitos processuais. Exigibilidade. Discute-se acerca da faculdade assegurada à Ordem dos Advogados do Brasil instituída pelo art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906, pelo qual se concede aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB:

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rejeitado a intervenção da OAB como assistente em razão de interesse meramente corporativo ou *lato sensu*, exigindo, ao contrário, a comprovação de efetivo interesse jurídico, nos termos do que dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDOS NO ACÓRDÃO ORA EMBARGADO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. LEVANTAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

BLICA ACERCA DO DOMÍNIO EM ANDAMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 168 DA SÚMULA DESTA CORTE. DECLARATÓRIOS DO CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NÃO CONHECIDOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS NO ACÓRDÃO.

- Discutindo-se nos autos direito individual disponível pertencente, exclusivamente, aos advogados que trabalharam no feito expropriatório e que interpuseram os embargos de divergência, não se pode admitir a intervenção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB como assistente, com base no art. 50 do Código de Processo Civil, porque ausente o indispensável “interesse jurídico”. O mero interesse lato sensu de que a jurisprudência desta Corte se modifique não viabiliza a intervenção e a legitimidade recursal para opor declaratórios.

- A questão invocada relativa à coisa julgada - mérito recursal - não poderia mesmo ser enfrentada no acórdão ora embargado, tendo em vista que não foi preenchido o requisito necessário ao efetivo conhecimento dos embargos de divergência - dissídio jurisprudencial atual.

Embargos de declaração do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB não conhecidos e embargos de declaração dos demais embargantes rejeitados.

(STJ, Edcl nos EREsp 650246, Rel. Min. César Afsor Rocha, j. 27.06.12)

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE INGRESSO NA CAUSA NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE SIMPLES. CONSELHO DE CLASSE. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. O interesse corporativo ou institucional do Conselho de Classe em ação em que se discute tese que se quer ver preponderar não constitui interesse jurídico para fins de admissão de assistente simples com fundamento no artigo 50 do Código de Processo Civil.

2. Precedentes (cf. REsp nº 1.182.123/PE, Relator Ministro Castro Meira, *in* DJe 21/5/2010 e AgRgRCDespEResp nº 414.961/PR, Relator Ministro Luiz Fux, *in* DJ 26/6/2006).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, CE, AgRg nos EREsp 1146066, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.05.11)

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INTERVENÇÃO DE TERCEIROS - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - ASSISTÊNCIA SIMPLES - REQUISITO - INTERESSE JURÍDICO - REPERCUSSÃO DO FATO SOBRE EVENTUAL DIREITO DO ASSISTENTE - AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTERESSE INDIVIDUAL E NÃO INSTITUCIONAL - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A assistência é uma hipótese de intervenção em que terceiro adentra na relação jurídico processual para auxiliar uma das partes, eis que possui interesse jurídico para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 50, do Código de Processo Civil;

II - Na espécie, eventual sentença de procedência do pedido indenizatório não irá repercutir na esfera jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, porque o deslinde da causa concerne a apenas um de seus associados, afastando-se, portanto, o interesse jurídico apto a justificar a assistência simples;

III - A discussão, nos termos em que foi proposta, tem caráter eminentemente individual e não institucional, o que afasta, nesta esteira, a possibilidade de intervenção da seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil;

IV - As condutas de Advogados que, em razão do exercício de seu múnus venham a ser incluídos em pólo passivo de ações cíveis, não estão a significar, diretamente, que a OAB seja afetada, porque, admitida tal possibilidade, qualquer advogado que cause dano material ou moral a outrem, poderia suscitar intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa, o que contraria a razoabilidade;

V - Recurso especial provido.

(STJ, REsp nº 1172634, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.03.11)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ASSISTÊNCIA. INTERVENÇÃO NEGADA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. MÉRITO DO APELO PREJUDICADO.

1. Em Ação de Improbidade Administrativa cujo objeto é a contratação ilegal de serviços advocatícios, o Tribunal de origem manteve a condenação dos réus e indeferiu o ingresso da OAB como assistente por entender que, a) não versando a demanda sobre prerrogativas de causídicos, inexistiu repercussão na esfera jurídica da entidade; e b) o alegado interesse em defender o direito à contratação de serviços advocatícios sem licitação não guarda pertinência com a hipótese dos autos, fundada na desnecessidade da contratação realizada.

2. Ao prover o Ag 1.254.513/SP e o Ag 1.246.159/SP, determinei a subida do Recurso Especial dos réus, para melhor análise.

3. A OAB, em suas razões, aponta ofensa ao art. 49 da Lei 8.906/1994 com base no argumento de haver interesse jurídico em intervir como assistente dos réus para demonstrar a licitude da inexigibilidade de licitação para contratação de seus inscritos, considerando que os orienta, de modo geral, a avançar desse modo.

4. Se a demanda não trata das prerrogativas dos advogados, nem das “disposições ou fins” do Estatuto da Advocacia (art. 49, *caput*, da Lei 8.906/1994), descabe a intervenção da OAB em Ação de Improbidade Administrativa, como em qualquer outra.

5. Ocorre que, ao rechaçar o pedido de assistência, o Tribunal *a quo* asseverou que não cuidam os autos de mera inexigibilidade do procedimento licitatório, e sim de contratação desnecessária, porque os serviços contratados poderiam ter sido prestados por servidores municipais.

6. Com efeito, o instituto da inexigibilidade da licitação diz respeito a situações em que cabe contratação, mas em que é inviável a competição ante a especialidade do serviço e a notória especialização do contratado. Tal não se confunde com a contratação prescindível e ilegal de quem quer que seja, o que vai além da inviabilidade afirmada pela agravante.

7. Nas razões do Recurso Especial, a OAB limitou-se a manifestar o interesse em defender que a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados é legal e ética. Não sustentou, contudo, interesse em assistir aos advogados contratados desnecessariamente pelo Poder Público, a par da distinção feita pelo Tribunal local.

8. A ausência de combate específico ao fundamento do acórdão recorrido obsta o conhecimento do apelo, conforme inteligência da Súmula 283/STF.

9. Os argumentos lançados no Memorial são inábeis a afastar a conclusão de que a tese lançada nas razões recursais firma-se em premissa diversa do acórdão recorrido, não combatido devidamente naquela oportunidade.

10. Levando-se em conta que a agravante não logrou ingressar no feito, fica prejudicada sua insurgência quanto à questão de fundo. 11. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1253420, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.10)

Com efeito, a atividade jurisdicional tem a função de decidir ou compor conflito de interesses entre as partes, não sendo sede adequada para discussões de outra natureza, teóricas ou práticas, como intuitivamente seriam as questões de interesse geral ou político da advocacia. Há de se configurar um interesse jurídico, no sentido próprio da expressão, para que terceiros venham a participar da relação jurídica processual, ainda que a legislação extravagante, afora a disposição contida no próprio Código, confira semelhante legitimidade.

Não há razão para que a matéria seja tratada diversamente no processo penal. O art. 49, *caput*, da Lei nº 8.906/94 concede legitimidade às autoridades nele indicadas para agir, judicial e extrajudicialmente, *contra* qualquer pessoa que infringir as disposições ou fins dessa Lei.

Tais autoridades, portanto, detêm legitimidade para as medidas processuais cabíveis contra quem tenha infringido suas disposições. Logo, com a violação às normas legais surge

o interesse jurídico propriamente dito passível de ser feito valer pelas vias jurisdicionais pelas autoridades indicadas (Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB).

A legitimidade (extraordinária) não torna desnecessária a existência de interesse (processual).

Sendo tal a norma do *caput* do art. 49 da Lei nº 8.906/94, não há razão para disso destoar a disposição contida no seu parágrafo único: há uma indicação expressa na norma de que essa mesma legitimidade para intervir abrange, não somente as medidas judiciais e extrajudiciais de iniciativa própria daquelas autoridades, mas também feitos em andamento, nomeadamente “inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”.

É necessário que esteja presente o interesse jurídico consoante estabelecido pelas normas processuais de regência, seja no âmbito do processo civil (CPC, arts. 50 e segs), seja no âmbito do processo penal (CPP, arts. 268 e segs.).

É o que também se pode inferir do seguinte precedente, relativo ao processo penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTERVENÇÃO NA AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*. INCABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em tema de liberdade, a interpretação há de ser sempre em seu obséquio e, portanto, restritiva, excluindo, por certo, qualquer outra, assim como a aplicação analógica ou subsidiária de norma, devendo ser afirmada, por isso, a inadmissibilidade da assistência de acusação, no processo de *habeas corpus*.

2. A qualidade de advogado ostentada por qualquer das partes, por si só, não legitima a Ordem dos Advogados do Brasil à assistência.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no HC 55631, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.12.06)

Do caso dos autos. Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, contra decisão do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal em São Paulo, que indeferiu, na Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, o pedido de assistência formulado pela OAB em favor do denunciado André Zanatta Fernandes de Castro.

Consta da denúncia que, nos Autos nº 0009661-79.2011.4.03.6181, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal em São Paulo deferiu pedido do Ministério Público Federal, determinando a expedição de ofício à empresa Google Brasil Internet Ltda., na pessoa de seu representante legal, para que fosse explicado, no prazo de 10 (dez) dias, o motivo da demora na oferta de resposta quanto ao fato dela não possuir mais os dados do perfil 18318817969584075650, objeto de investigação criminal de usuários do serviço Orkut, que teriam veiculado pornografia infantil na rede mundial de computadores.

O ofício expedido para a empresa Google foi recebido pelo interessado André em 05.07.12, que não o respondeu. Em 14.01.13, mais de 6 (seis) meses depois, o Juízo Federal da 7ª Vara Criminal em São Paulo reiterou o ofício, que novamente foi recebido por André, em 23.01.13, e outra vez não o respondeu.

Em 10.06.13, quase 1 (um) ano após a expedição do primeiro ofício, os Autos nº 0009661-79.2011.4.03.6181 foram encaminhados ao arquivo sem qualquer manifestação ou resposta ofertada por André.

Em razão desses fatos, o Ministério Público Federal denunciou André Zanatta Fernandes de Castro pela prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal, por 2 (duas) vezes,

em concurso material, processo que recebeu o nº 0004025-30.2014.4.03.6181, distribuído ao Juízo Federal da 5ª Vara Criminal em São Paulo.

A decisão prolatada pela autoridade coatora, que indeferiu o pedido de assistência em favor do indiciado André Zanatta Fernandes de Castro, formulado pela OAB nos Autos da Ação Penal nº 0004025-30.2014.4.03.6181, teve a seguinte fundamentação:

O instituto da assistência pressupõe a existência de interesse jurídico. No caso da OAB, referido interesse deve estar relacionado a atos privativos da advocacia. A denúncia foi proposta com base em suposta ofensa à legislação penal, que não tem relação a ato privativo de advogado. Em outras palavras, a denúncia foi feita com base em atos realizados na qualidade de representante legal de empresa, o que pode ser feito por qualquer sujeito com capacidade legal, não sendo, portanto, ato relativo a exercício privativo da advocacia. Por tais razões, indefiro o pedido de assistência da OAB (fls. 80/81).

Para fazer jus à ordem de segurança, a OAB deveria comprovar de plano a existência do direito líquido e certo, demonstrando inclusive a presença dos pressupostos específicos relativos à situação fática em análise, no caso demonstrar que o seu interesse refere-se a ato privativo de advogado.

A impetrante, contudo, não comprovou o direito líquido e certo de ser admitida como assistente do réu nos autos de ação penal intentada, uma vez que não alegou nem demonstrou como e porque a decisão proferida pela autoridade coatora teria infringido as disposições ou os fins estabelecidos na Lei nº 8.906/94, requisito específico exigido no *caput* do seu art. 49.

Infere-se da petição inicial deste *writ* e dos documentos que a instruem, que a Ordem dos Advogados do Brasil pretende atuar como assistente de defesa de André Zanatta Fernandes de Castro apenas porque esse advogado figuraria como réu nos Autos nº 0004025-30.2014.4.03.6181, nos termos do parágrafo único do art. 49 do Estatuto da Advocacia. Mas essa situação não lhe dá direito a agir como assistente de defesa do réu, pois seu ingresso nos autos está vinculado à necessária demonstração da violação de disposições ou finalidades previstas nesse diploma legal, consoante exigência do *caput* desse artigo.

Considerando que o objeto do *writ* é somente o reconhecimento da legitimidade de intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil nos autos de ação penal, em face da demonstração de existência de direito líquido e certo violado, não pode esta decisão ingressar no mérito da ação penal, vedada avaliação sobre a alegação de ser o advogado André empregado da empresa Google Brasil Internet Ltda. e não seu representante legal ou diretor jurídico.

O parágrafo único do art. 49 da Lei nº 8.906/94 liga-se ao *caput*, não podendo ser analisado de modo isolado. A pretensão da OAB de ter o direito de agir, simplesmente porque o réu é advogado, não decorre com certeza do texto legal.

Ante o exposto, DENEGO a segurança pleiteada.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALLOW - Relator

“HABEAS CORPUS”

0024931-57.2014.4.03.0000

(2014.03.00.024931-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 Paciente: CLEITON APARECIDO DE JESUS TORRES
 Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
 Classe do Processo: HC 60015
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2014

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DELITO DE DANO QUALIFICADO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EMPRESA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE DESQUALIFICAÇÃO PARA DANO SIMPLES. ORDEM DENEGADA

1. A Caixa Econômica Federal é empresa pública, conforme definição dos arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967. Nessa qualidade, é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com capital transferido majoritariamente pela União Federal. E, como tal, integra a Administração Indireta (art. 37 da Constituição Federal).
2. Eventual prejuízo causado a seus bens implica dano ao patrimônio da própria União.
3. Dessa forma, a imputação ao paciente de ato de destruição e inutilização de bem de propriedade da CEF, amolda-se ao tipo legal do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.
4. O fato de o tipo penal não prever expressamente a destruição do patrimônio de empresa pública, não retira do alcance da norma a punição do ato enquanto dano qualificado, porquanto o objeto jurídico protegido é o patrimônio público, seja da própria União ou das pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta.
5. Não é razoável supor que, embora a qualificadora do delito de dano refira-se ao patrimônio de concessionárias de serviços públicos e de sociedades de economia mista, não abarque as empresas públicas, cujo capital é instituído por pessoa jurídica de direito público.
6. Não há se falar em interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que o próprio tipo faz referência a “*patrimônio da União*”.
7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DENEGAR A ORDEM de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de CLEITON APARECIDO DE JESUS TORRES contra ato da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, que, nos autos nº 0004859-59.2013.403.6119, em audiência de instrução realizada em 18.09.2014, rejeitou pedido de desclassificação do delito de dano qualificado (CP, art. 163, parágrafo único, III) para o tipo penal simples.

A impetrante alega, em síntese, que o paciente foi denunciado por ter, segundo a denúncia, “rachado a porta de vidro da agência da Caixa Econômica Federal, após nela desferir um chute”.

Oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, esta foi aceita pelo paciente, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, o que, a seu ver, não lhe retira o interesse no trancamento da ação penal.

Argumenta que o art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal não contempla figura qualificada do delito de dano em relação ao patrimônio das autarquias e das empresas públicas. Dessa forma, com fundamento no princípio da legalidade, a hipótese somente poderia ser abarcada pelo tipo previsto no art. 163, *caput*, do mesmo diploma legal.

Cita julgados e salienta que não se pode confundir o patrimônio da empresa pública com o da União Federal, tendo em vista o princípio da autonomia patrimonial da sociedade.

Conclui que, mediante a desclassificação para dano simples, a ação penal seria privada, iniciada por meio de queixa a ser ofertada pela Caixa Econômica Federal. Porém, decorridos mais de 6 (seis) meses do fato, já teria ocorrido a decadência (art. 103 do CP).

Pede a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja desclassificada a conduta de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, do CP) para o delito de dano simples (art. 163, *caput*, do CP) e, por conseguinte, que seja declarada extinta a sua punibilidade pela decadência, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal e art. 38 do Código de Processo Penal.

Solicitadas informações, foram prestadas pela autoridade impetrada (fls. 18/21v).

A Procuradoria Regional de República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Como relatado, a questão colocada nos autos relaciona-se à desclassificação do delito de dano qualificado para dano simples.

De acordo com o disposto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, o dano é qualificado se o crime for cometido “contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista”. Em tais circunstâncias, trata-se de crime objeto de ação penal pública.

A Caixa Econômica Federal, na qualidade de empresa pública (arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967), tem personalidade jurídica de direito privado e é dotada de capital exclusivamente público, transferido majoritariamente pela União Federal. E, como tal, integra a Administração Indireta (art. 37 da Constituição Federal).

Ou seja, eventual prejuízo causado a seus bens implica dano ao patrimônio da própria União.

Com isso, o fato imputado ao paciente, ou seja, de destruição e inutilização de bem de propriedade de empresa pública, amolda-se ao tipo legal do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.

E, diversamente do exposto pela impetrante, o fato de o tipo penal não prever expressamente a destruição do patrimônio de empresa pública, não retira do alcance da norma a punição do ato enquanto dano qualificado, porquanto o objeto jurídico protegido é o patrimônio público, seja da própria União ou das pessoas jurídicas que integram a Administração.

E não é razoável supor que, a qualificadora do delito de dano refira-se, por exemplo, ao patrimônio de concessionárias de serviços públicos e de sociedades de economia mista e não ao de empresa pública, cujo capital foi instituído por pessoa jurídica de direito público interno. Tampouco trata-se interpretação extensiva ou analogia, tendo em vista que o próprio tipo faz referência a “patrimônio da União”. Acerca da questão, há julgado deste Tribunal:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DANO CONTRA A CEF. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. CAPITAL EXCLUSIVO DA UNIÃO. QUALIFICADORA PREVISTA NO ARTIGO 163, § ÚNICO, III, DO CP. INCIDÊNCIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1 - A Caixa Econômica Federal, inicialmente criada como autarquia, passou a ter natureza de empresa pública com a edição do Decreto-Lei nº 759/69.

2 - No artigo 163, § único, III, do Código Penal, o legislador entendeu por bem apenar com maior severidade o dano ao patrimônio público, pois o prejuízo, no caso, não é individual, mas coletivo.

3 - Na sua redação original, previa apenas o dano contra o patrimônio da União, de Estado ou de Município. Para deixar claro que a norma abrange o patrimônio público em toda a sua extensão, o legislador alterou a sua redação (Lei nº 5.346, de 03 de novembro de 1967), incluindo expressamente a empresa concessionária de serviços públicos e a sociedade de economia mista, já que, em relação a estas, poderia haver dúvidas - quanto à primeira, porque é composta por capital privado e, pela lei, não estaria compreendida pela Administração Pública Direta ou Indireta, e quanto à segunda, porque composta por capital misto (público e privado).

4 - O Decreto-Lei nº 200/67 (art. 4º) e a Constituição Federal (art. 37, XIX), estabelecem que as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista compõem a Administração Pública Indireta.

5 - Se a norma penal faz referência à empresa concessionária de serviços públicos e à sociedade de economia mista, que se situam na órbita mais distante da administração pública direta, não há como sustentar que esteja excluído o patrimônio da autarquia e da empresa pública, que possui capital exclusivamente público e compõe a Administração Pública Indireta.

6 - A ausência de disposição expressa significa tão-somente que a norma já considera o patrimônio das demais entidades da Administração Pública Indireta protegido como parte do patrimônio da União, de Estado ou de Município.

7 - Não se trata sequer de interpretação extensiva, isto é, de ampliar o alcance da lei quando o texto não expressa a sua vontade em toda a sua extensão. Ao contrário, cuida-se de aplicação com menor abrangência, uma vez que as autarquias e empresas públicas orbitam mais próximas da administração central do que as sociedades de economia mista e empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

8 - Tampouco se emprega a analogia, suprimindo lacuna na lei aplicando disposição relativa a um caso semelhante.

9 - Em decorrência meramente de interpretação sistemática, considerando-se, em especial, as

normas constitucionais que tratam da Administração Pública Indireta, o artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal é aplicável quando o dano atingir patrimônio das autarquias e das empresas públicas.

8 - Porquanto o réu foi absolvido em relação ao delito de furto e não tendo havido recurso do Ministério Público Federal quanto a este ponto, deve ser determinado o retorno dos autos à Vara de origem para que seja dada a oportunidade da suspensão condicional do processo ao réu (artigo 89, da Lei nº 9.099/95) relativamente ao crime de dano qualificado, apenado com detenção de 06 (seis) meses a 03 (três) anos, nos termos da Súmula nº 337, do Superior Tribunal de Justiça. 9 - Apelação parcialmente provida.

(Apelação Criminal 00011488020074036111, v.u., Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, j. 13.01.2009, e-DJF3 Judicial 2 29/01/2009, p. 276)

Posto isso, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

“HABEAS CORPUS”

0032137-25.2014.4.03.0000

(2014.03.00.032137-8)

Impetrantes: EDUARDO PEREIRA SANTOS E OUTROS

Paciente: JANISSON MOREIRA DA SILVA

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: HC 61039

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2015

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTIGO 273, § 1º, B DO CP. QUANTIDADE EXCESSIVA DE MEDICAMENTOS APREENDIDOS. INDÍCIOS DE COMERCIALIZAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 E 282, INCISOS I E II DO CPP. ORDEM DENEGADA.

1. Presentes os pressupostos e as circunstâncias que autorizam a prisão preventiva (art. 312 e art. 282, incisos I e II do CPP).
2. Indícios de autoria e materialidade suficientemente delineados nos autos.
3. Paciente preso em flagrante. Materialidade comprovada por meio do auto de apresentação e apreensão.
4. Indicativos de atividade de comercialização dos medicamentos. Manutenção da custódia cautelar para garantir a ordem pública.
5. As supostas condições favoráveis do paciente (primariedade, residência fixa e ocupação lícita), não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional. Precedentes do STF (*HC-AGR 108188, 1ª Turma, Luiz Fux, 04.10.2011 / HC 104608, 1ª Turma, Cármen Lúcia, 24.05.2011*).
6. A grande quantidade de medicamentos apreendida reforça os indícios de comércio e afasta qualquer possibilidade de uso próprio pelo paciente.
7. Grave risco para a saúde dos consumidores de substâncias de uso proibido e sem registro na ANVISA.
8. Crime hediondo, com efeitos nocivos à saúde humana.
9. Afastada a substituição da prisão pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.
10. 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Eduardo Pereira Santos, Rodrigo de Souza Rezende e Casem Mazloum em favor de *Janisson Moreira da Silva*, por meio do qual objetivam a revogação da prisão preventiva ou a substituição por outra medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, no feito nº 0009104-79.2014.403.6119, que tramita perante a 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP e apura a prática do delito descrito no artigo 273, parágrafo 1º B, do Código Penal

Os impetrantes alegam, em síntese, que:

- a) o paciente é primário, tem residência fixa, trabalho lícito e família constituída.
- b) o paciente e sua esposa têm dois estabelecimentos comerciais e dois quiosques em academias de ginástica, sendo que em nenhum deles foi encontrada substância ilícita.
- c) o paciente é usuário de anabolizantes e uma parte da mercadoria apreendida destinava-se ao seu próprio uso.
- d) o crime imputado ao paciente não foi cometido com violência, o que afasta qualquer violação à ordem pública.
- e) a liberdade do paciente não trará risco à coletividade.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 74/75.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 80.

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem às fls. 102/104.

É o relatório.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Consta do auto de prisão em flagrante que no dia 04 de dezembro de 2014, policiais federais foram acionados para que se dirigissem até a transportadora JADLOG, na Rua Visconde de Cairu, nº 871, em Guarulhos/SP, em razão da localização de carga, contendo nove caixas, com suspeita de se tratar de substância anabolizante, além de outros produtos farmacêuticos de origem estrangeira. Em inspeção, os policiais abriram uma das caixas e localizaram a substância anabolizante denominada ESTANAZOLOL.

No dia seguinte, dia 05 de dezembro de 2014, a equipe de policiais acompanhou a transportadora até o endereço onde seria feita a entrega, oportunidade na qual o paciente *Janisson Moreira da Silva* foi preso em flagrante (fls. 13).

Em seguida, foi realizada busca na residência do paciente, onde foram encontrados: diversos frascos de substâncias anabolizantes, em diferentes cômodos da casa; dinheiro em espécie na quantia aproximada de R\$ 16.230,00 (dezesesseis mil, duzentos e trinta reais); folhas de cheques preenchidas com pagamentos de clientes; recibos de postagens de SEDEX; outras substâncias anabolizantes no porta luvas do veículo que estava na garagem e, ainda, algumas caixas montadas com produtos que seriam encaminhados via correio.

Compulsando os autos verifica-se que não está configurado o alegado constrangimento ilegal.

Com efeito, a decisão proferida pela d. magistrada de primeiro grau que indeferiu o pedido de liberdade provisória ao paciente não padece de qualquer irregularidade, uma vez que presentes os pressupostos e as circunstâncias que autorizam a decretação da custódia cautelar, nos termos do que estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal e artigo 282, incisos I e II do mesmo diploma legal.

Os indícios de autoria e materialidade do crime estão suficientemente delineados nos autos. O paciente foi preso em flagrante quando recebia encomenda de anabolizantes e outros produtos farmacêuticos de origem estrangeira, sem registro, procedência ou autorização legal.

A materialidade encontra-se devidamente comprovada por meio do auto de apresentação e apreensão de fls. 91/99, que descreve os inúmeros e diversificados medicamentos apreendidos, além de um livro caixa, cheques de bancos diferentes e um saco contendo extratos de SEDEX.

O fato de *Janisson* ser proprietário de dois estabelecimentos comerciais e dois quiosques localizados em academias de ginástica e que comercializam suplementos alimentares e, ainda, a apreensão em sua residência de recibos de postagens de SEDEX, de inúmeras folhas de cheques preenchidas, além de caixas montadas com produtos para serem postados, indicam que o paciente comercializava as substâncias anabolizantes apreendidas, o que reforça a necessidade da manutenção da custódia cautelar para garantir a ordem pública.

Como bem observado pela magistrada de primeiro grau, “a atividade ilícita parece imiscuir-se na própria atividade comercial desenvolvida pelo acusado (fls. 39)”. Ao que tudo indica, a atividade comercial exercida pelo paciente tem estreita relação com o crime que lhe foi imputado, razão pela qual o alegado exercício de atividade lícita não pode servir de fundamento para a revogação da prisão.

Ademais, as supostas condições favoráveis do paciente (primariedade, residência fixa e ocupação lícita), não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC-AGR 108188, 1ª Turma, Luiz Fux, 04.10.2011 / HC 104608, 1ª Turma, Cármen Lúcia, DJU 24.05.2011).

Conforme observado pela magistrada “chama atenção desta magistrada, em especial, a grande quantidade de medicamentos apreendidos, listada nas seis páginas do auto de apreensão. Uma rápida soma das quantidades demonstra que foram apreendidas não centenas, mas milhares de unidades de medicamentos (dentre frascos, cartelas e ampolas)”.

A grande quantidade de medicamentos apreendida só reforça os indícios de comércio e afasta qualquer possibilidade de uso próprio pelo paciente.

Do mesmo modo, o risco que a comercialização de grande quantidade de substâncias de uso proibido e sem registro na ANVISA representa para a saúde dos consumidores destes medicamentos, revela a gravidade concreta do crime e justifica a prisão preventiva do paciente.

É importante observar também que se trata de crime hediondo, com efeitos nocivos à saúde humana.

Por fim, tendo em vista a presença dos pressupostos que determinam a prisão preventiva, não se mostra adequada a substituição pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, sendo necessária a manutenção da prisão, conforme dispõe o artigo 282, inciso II c.c. o parágrafo 6º do Código de Processo Penal.

Por esses fundamentos, *denego a ordem*.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0000510-93.2011.4.03.6115
(2011.61.15.000510-5)

Apelante: CLUBE DO LAR LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1787489
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2014

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - FATURAMENTO - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE.

1. A COFINS e o PIS incidem sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida em função da comercialização de produtos e da prestação de serviços, sendo certo que a definição, o conteúdo e alcance do termo hão de ser hauridos do direito privado, segundo precisa dicção do art. 110 do CTN.
2. O E. STF assentou entendimento de haver identidade entre os conceitos de faturamento e receita bruta.
3. O faturamento corresponde às receitas advindas com as atividades que constituam objeto da pessoa jurídica, ou seja, a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, ou exclusivamente de serviços, de acordo a atividade própria da pessoa jurídica, se mercantil, comercial, mista ou prestadora de serviços, conforme se infere da exegese fixada pela Corte Constitucional.
4. A base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser o faturamento, ou seja a totalidade das vendas efetuadas, inclusive os valores pagos às administradoras de cartão de crédito ou débito.
5. Somente podem ser deduzidos da base de cálculo das referidas contribuições os créditos previstos na norma tributária.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de dezembro de 2014.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de ação ordinária ajuizada com o objetivo de excluir as taxas de administração

paga às operadoras de cartões de crédito da base de cálculo do PIS e da COFINS bem assim compensar as quantias recolhidas a este título com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, tais como PIS, COFINS, CSLL, IRPJ, contribuições previdenciárias sobre a folha de salários e do risco de acidente do trabalho - RAT, devidamente atualizados pela taxa SELIC ou , ao menos, a sua restituição.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00.

Em apelação, a autora pugnou a reforma do julgado.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

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

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, bem como para o Programa de Integração Social - PIS, previstas respectivamente pelas Leis Complementares 70/91 e 7/70, encontram-se regidas pelos princípios da solidariedade financeira e universalidade, previstos nos artigos 194, I, II, V, e 195 da Constituição Federal. Referidas contribuições incidem sobre o faturamento, assim entendido como a receita bruta obtida em função da comercialização de produtos e da prestação de serviços, sendo certo que a definição, o conteúdo e alcance do termo hão de ser hauridos do direito privado, segundo precisa dicção do art. 110 do CTN.

No ensinamento de Octavio Campos Fischer, o faturamento, segundo os comercialistas, “retrata um conjunto de venda de bens e de prestações de serviços. Uma determinada empresa não obtém faturamento por outro modo que não vendendo bens ou prestando serviços”. No seu entender, consiste o faturamento numa realidade econômica que resulta de determinados atos praticados pelos contribuintes, quais sejam operações de venda de bens/mercadorias, e/ou as prestações de serviços de qualquer natureza, representando uma dimensão econômica do fato jurídico tributário.

Expõe, ainda, que sendo o faturamento a base de cálculo da contribuição social ao PIS - assim como da contribuição à COFINS -, “não se pode eleger como critério material o ‘realizar operações com mercadorias e/ou prestação de serviços’, porque implicaria em verdadeiro desajuste interno da hipótese tributária.” Na verdade, o critério material seria obter faturamento (receita) com venda de mercadorias e prestações de serviços.

O artigo 195, inciso I, da Carta Magna, dispunha em sua redação original:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98, alterou referido dispositivo, dando-lhe a seguinte redação:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

A redação original do artigo 195, I, da CF/88 referia-se à incidência apenas sobre o faturamento, o lucro e a folha de salários. Com a EC nº 20/98, a incidência passou a recair sobre a receita ou o faturamento.

Antes dessa alteração constitucional, o E. STF já havia assentado entendimento de haver identidade entre os conceitos de faturamento e receita bruta, como demonstram as decisões a seguir transcritas:

Em se tratando de contribuições sociais previstas no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal - e esta Corte deu pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 7.738/89 por entender que a expressão “receita bruta” nele contida há de ser compreendida como sendo “faturamento” -, se aplica o disposto no § 6º desse mesmo dispositivo constitucional, que, em sua parte final, afasta, expressamente a aplicação a elas do princípio da anterioridade como disciplinado no artigo 150, III, b da Carta Magna.

(STF, 1ª Turma, RE nº 167.966/MG, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 09/06/95, p. 1.782).

A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: no art. 28 da Lei nº 7.738/89, a alusão a “receita bruta”, como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do DL 2397/87, que é equiparável à noção corrente de faturamento das empresas de serviço.

(STF, Pleno, RE 150.755/PE, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 20/08/93, p. 485).

Outrossim, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, conforme certidão de julgamento da sessão do dia 09/11/2005. de 27 de novembro de 1998, conforme certidão de julgamento da sessão do dia 09/11/2005 e nos termos da ementa a seguir:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO.

A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718 /98.

A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita

bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. *É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.* (g.n)

Como se infere da exegese fixada pela Corte Constitucional, o faturamento corresponde às receitas advindas com as atividades que constituam objeto da pessoa jurídica, ou seja, a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, ou exclusivamente de serviços, de acordo a atividade própria da pessoa jurídica, se mercantil, comercial, mista ou prestadora de serviços.

Por seu turno, as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, em seus arts. e §§ 1º, prescreveram a base de cálculo do PIS e da COFINS, respectivamente, *in verbis*:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Assim, a base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser o faturamento, ou seja, a totalidade das vendas efetuadas, inclusive os valores cobrados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito.

Nesse sentido trago a colação os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO DE COGNICÇÃO SUMÁRIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. CONTRIBUIÇÕES. PIS/COFINS. INCIDÊNCIA. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. LEIS 9.718/98, 10.637/2002 E 10.833/2003. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DO REQUISITO DO *FUMUS BONI IURIS*.

1. A taxa de administração de cartão de crédito é custo operacional que o estabelecimento comercial paga à administradora, não estando inclusa nas exceções legais que permitem subtrair verbas da base de cálculo da COFINS e do PIS.

2. Nesse diapasão, “ não colhe a irresignação do agravante. É que as exações combatidas têm como base de cálculo as receitas do contribuinte. E receitas são o conjunto de ingressos financeiros obtidos com os negócios que pratica; 3. Pretender a exclusão, da base de cálculo, das taxas cobradas pelas administradoras de cartão de crédito, nos caso de vendas submetidas a este tipo de pagamento, equivaleria a confundir receita com lucro. Afinal, se autorizadas as exclusões dos custos - E nada diferencia os custos com o uso de cartões de crédito e os demais custos, custos com fornecedores, custos com empregados, custos com serviços públicos - ter-

se-ia a equivalência da receita com os gastos.”(AG 00163547520104050000, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, 29/03/2011). Trata-se, portanto, de custo operacional não equivalente a insumos, que constituem material utilizado para obtenção do resultado final de produto. Inexistência, em princípio, de ofensa ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, nem às Leis de regência (AC 00035382020104058000, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, TRF5 - Terceira Turma, 01/03/2011).

3. Precedentes jurisprudenciais. Inocorrência dos pressupostos autorizativos da pretendida suspensão da exigibilidade da exação (CTN, art. 151, IV).

4. Agravo regimental provido.

(TRF 1º Região - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Rel. Des. Fed. REYNALDO FONSECA - j. 26/04/2011 - e-DJF1 DATA:06/05/2011)

Tributário. Apelação de sentença que, em sede de mandado de segurança, denegou a ordem a objetivar a exclusão, base de cálculo da COFINS e do PIS, da taxa de administração paga às administradoras de cartão de crédito.

1. A referida taxa é custo operacional que o estabelecimento comercial paga à administradora, não estando inclusa nas exceções legais que permitem subtrair verbas da base de cálculo da COFINS e do PIS.

2. Não há ofensa ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, nem às Leis 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03.

3. Precedentes desta Corte: AC509661-AL, des. Margarida Cantarelli, julgada em 07 de dezembro de 2010; AC492718, des. Lázaro Guimarães, julgada em 03 de agosto de 2010.

4. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região - AC 00035382020104058000 - Rel. Des. Fed. Vladimir Carvalho - j. 24/02/2011 - DJE - Data::01/03/2011 - Página:368)

Por outro lado, a lei pode autorizar exclusões e vedar deduções de determinados valores para fins de apuração da base de cálculo do tributo, encontrando-se elencadas no artigo 1º, § 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, as exclusões autorizadas. Por seu turno, estabelece o artigo 3º, das referidas leis, as deduções permitidas, bem como as vedações quanto ao aproveitamento de determinados créditos para essa finalidade.

Destarte, somente podem ser deduzidos da base de cálculo das referidas contribuições os créditos previstos na norma tributária.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0011959-26.2012.4.03.0000

(2012.03.00.011959-3)

Agravante: FNCE FABRICA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 108/109

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE EMBU DAS ARTES - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO

Classe do Processo: AI 473141

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVOS FINANCEIROS. CONSTRIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

2. A Lei nº 11.101/2005 prevê a recuperação judicial como uma alternativa para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Por conseguinte, o instituto da recuperação judicial apresenta-se como mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira.

3. A sistemática da lei que regula a recuperação judicial consagra, em seu artigo 6º, § 7º, que não há suspensão das execuções fiscais em casos de deferimento da reabilitação.

4. Ao determinar a suspensão apenas dos atos de alienação, em si, mas não do processo de execução como um todo, é evidente que os atos de constrição devem necessariamente ter prosseguimento, como bem determinou a decisão agravada.

5. A Primeira Seção, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), estabeleceu que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras” (REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010).

6. O fato da empresa encontrar-se submetida à recuperação judicial não afasta a possibilidade de constrição de seus ativos financeiros, lembrando que a execução de dívidas tributárias não se suspende com o aludido plano de recuperação, bem como não se sujeito ao concurso de credores.

7. O agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

8. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de fevereiro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo interposto por FNCE FABRICA DE CONDUTORES ELETRICOS LTDA. com fulcro no art. 557, § 1º, Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 108/109 pela e. Desembargadora Federal Cecilia Marcondes que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em autos de execução fiscal, deixou de acolher pedido de suspensão do processo, realizado em virtude de ter sido deferida a recuperação judicial da executada.

Sustenta o agravante, em síntese, que houve a análise da ilegalidade da penhora através do bloqueio de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, em razão da violação ao princípio da menor onerosidade. Alega que diante do deferimento da recuperação judicial, restou determinada a suspensão de todas as ações e execuções contra ela interpostas. Aduz que o prosseguimento da execução fiscal, com futura penhora de bens da empresa devedora, ou bloqueios financeiros durante o período das negociações ao plano de recuperações, poderá inviabilizar a própria recuperação da executada.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento, provendo integralmente o agravo interposto.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada foi proferida nos seguintes termos:

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão do MM. Juízo supra que, em autos de execução fiscal, deixou de acolher pedido de suspensão do processo, realizado em virtude de ter sido deferida a recuperação judicial da executada.

Em síntese, a agravante sustenta que, diante do deferimento da recuperação judicial, restou determinada a suspensão de todas as ações e execuções contra ela interpostas, de acordo com decisão do Juízo da 2ª Vara Judicial Cível da Comarca de Embu das Artes/SP. Alega que deve ser reconhecida a competência exclusiva do MM. Juízo em que tramita a recuperação judicial para apreciar qualquer pedido que atinja seu patrimônio. Pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

O presente recurso deve ser decidido com base nos artigos 527, I, e 557, *caput*, do CPC, dado que manifestamente improcedente, bem como por estar em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial dominante.

A Lei nº 11.101/2005 prevê a recuperação judicial como uma alternativa para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Por conseguinte, o instituto da recuperação judicial apresenta-se como mecanismo voltado à preservação de uma empresa que atende a uma função social e que, por circunstâncias acidentais, entra em crise econômico-financeira.

A sistemática da lei que regula a recuperação judicial consagra, em seu artigo 6º, § 7º, que não há suspensão das execuções fiscais em casos de deferimento da reabilitação. Com efeito, assim dispõe o § 7º do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, na esteira do que já prevêem o artigo 187 do CTN e o artigo 29 da LEF:

“Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...]”

(...)

§ 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.”

No mesmo sentido, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“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.”

(STJ; Agravo Regimental no Conflito de Competência 81922/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER; DJU 04.6.2007, p. 294).

Ao determinar a suspensão apenas dos atos de alienação, em si, mas não do processo de execução como um todo, é evidente que os atos de constrição devem necessariamente ter prosseguimento, como bem determinou a r. decisão agravada.

A interpretação da norma colacionada não permite outra conclusão senão a de que as providências deferidas pelo MM. Juízo *a quo* são perfeitamente cabíveis, a menos que venha aos autos comprovação acerca de eventual parcelamento concedido. Permitir interpretação ampliada do dispositivo mencionado, extraíndo-se entendimento não ressalvado pelo órgão elaborador da lei, configuraria atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, infringindo o princípio da separação de Poderes imposto pelo artigo 2º da Constituição da República de 1988.

Analisando os autos, constato que a agravante não se encaixa na hipótese ressalvada pela legislação, motivo pelo qual deve prosseguir a execução fiscal, com todos os atos destinados à satisfação do credor.

Ante o exposto, NEGÓ SEGUIMENTO ao agravo de instrumento, com fulcro nos artigos 527, I, e 557, *caput*, do Código de Processo Civil, visto que manifestamente improcedente, bem como por estar em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial dominante.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

Por outro lado, a Primeira Seção, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), estabeleceu que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras” (REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010).

Frise-se que o fato da empresa encontrar-se submetida à recuperação judicial não afasta a possibilidade de constrição de seus ativos financeiros, lembrando que a execução de dívidas tributárias não se suspende com o aludido plano de recuperação, bem como não se sujeita ao concurso de credores.

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA ON LINE. BACENJUD. POSSIBILIDADE.

- A decisão está em absoluta consonância com o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- Encontra-se pacificado pelo STJ o entendimento firmado no julgamento do REsp 1.184.765-PA, no sentido de que no período posterior ao da *vacatio legis* da Lei nº 11.382/06, ou seja, a partir de 21 de janeiro de 2007, os valores mantidos em depósitos e aplicações em instituições financeiras têm preferência sobre os demais bens na ordem da penhora, em qualquer forma de execução, observadas as restrições contidas no art. 649, inciso IV, do CPC. Ainda de acordo com a dicção jurisprudencial, o bloqueio pode ser determinado sem que tenham sido esgotadas as diligências para localização de outros bens.

- Não resta impossibilitado o ato construtivo pelo fato da empresa encontrar-se em recuperação judicial, a qual não obsta o prosseguimento da execução fiscal. Precedentes da Primeira Turma.

- Agravo legal improvido.

(AI 0032675-74.2012.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, PRIMEIRA TURMA, j. 05/03/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/03/2013)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ON LINE DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. Resulta do novo sistema processual que rege a execução, instituído pela lei nº 11.382/06, que a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira é, agora, opção preferencial (Código de Processo Civil, art. 655, inciso I), cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade (Código de Processo Civil, art. 655-A, § 2º).

2. A recuperação judicial não tem o condão de afastar a penhora pelo sistema BacenJud, tendo em vista que já se estabeleceu entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que só deve ser contida a penhora se esta recair sobre verbas salariais indispensáveis ao sustento do devedor. O que não é o caso dos autos.

3. A agravante não trouxe aos autos qualquer prova que demonstrasse o comprometimento de suas atividades em decorrência da penhora online realizada via sistema BacenJud.

4. Agravo desprovido.

(AI 0028383-80.2011.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, SEGUNDA TURMA, j. 02/10/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/10/2012)

A decisão agravada foi prolatada a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com a legislação aplicável à espécie e amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Acresce-se que o agravante não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma do *decisum*, limitando-se à mera reiteração do quanto já expedido nos autos, sendo certo que não aduziu qualquer argumento apto a modificar o entendimento esposado na decisão ora agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0030939-50.2014.4.03.0000

(2014.03.00.030939-1)

Agravante: SARAIVA E SICILIANO S/A

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 372/377

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 546713

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2015

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557 DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADUANEIRO. IMUNIDADE DO ARTIGO 150, VI, “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “E-READERS”. ALEGAÇÃO DE QUE SERIAM EQUIPARÁVEIS A LIVROS EM PAPEL. CARACTERÍSTICAS E FUNCIONALIDADES DO EQUIPAMENTO, QUE EXTRAPOLAM O CONCEITO DE MERO LEITOR DE LIVRO DIGITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Caso em que pleiteada extensão da imunidade de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (artigo 150, VI, “d”, CF) para “e-Readers”, modelos Bookeen Lev - CYBOY4S-SA e Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-AS, embora haja nos autos apenas a comprovação documental de importação do “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA”, inexistindo, pois, prova pré-constituída do direito alegado, relativamente ao outro modelo, “Bookeen Lev - CYBOY4S-SA”.

3. Acerca do “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA”, a impetrante alegou tratar-se de equipamento com finalidade exclusiva de leitura de livros digitais e acesso restrito à loja virtual através de acesso “wi-fi” à internet para aquisição de obras, gozando da imunidade do artigo 150, VI, “d”, CF, cujo objetivo, independentemente de ser físico ou eletrônico o meio, é estimular a liberdade de expressão, afastando restrições do Poder Público na transmissão de ideias.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, em geral, no sentido de reconhecer que tal imunidade atinge apenas o que puder ser compreendido na expressão papel destinado a sua impressão, com extensão a certos materiais correlatos, como filmes e papéis fotográficos, adotando, portanto, interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

5. A discussão definitiva da imunidade de “e-books” ainda pende de julgamento naquela Corte que, porém, já admitiu a repercussão geral da matéria (RE 330.817), o que não significa reconhecimento da procedência nem da improcedência do pedido, mas apenas que se trata de tema com relevância para apreciação naquela instância.

6. Todavia, independentemente da solução a ser dada pela Suprema Corte quanto à

- questão jurídica em si, verifica-se que, no caso dos autos, inexistia direito líquido e certo a ser liminarmente tutelado, já que o aparelho, em questão, embora não garanta acesso à internet, mas apenas à loja virtual da impetrante, não se equipara, em termos funcionais estritos, ao livro em papel, pois possui atributos outros, que o fazem ser mais do que apenas uma plataforma eletrônico de leitura de livros digitais “e-Reader”.
7. De fato, consta dos autos que, além de livros eletrônicos, o aparelho permite armazenar imagens não relacionadas a conteúdos escritos, como fotos “pode armazenar uma grande quantidade de itens digitais (livros, documentos e imagens”, para visualização sem a necessidade de inserção de textos: “7. Ver imagens. Na página da biblioteca, selecione um arquivo de imagem, toque nele ou pressione o botão OK para abri-lo. Uma entrada de imagem pode ser identificada por meio da ativação da opção ‘Mostrar formatos de arquivo’ do menu contextual Biblioteca. Neste caso, os arquivos JOG, PNG, GIF, BMP, ICO, TIF, PSD são considerados arquivos de imagem”.
8. Verifica-se, portanto, que o equipamento serve como arquivo de fotografias ou biblioteca de imagens, que podem ser transferidas por conexão USB, ultrapassando a funcionalidade estrita de livro eletrônico, em relação ao qual seria possível cogitar de extensão da regra de imunidade.
9. Embora as imagens com as extensões relacionadas possam estar inseridas em arquivos de texto como “.txt” e “.html”, consta do manual de instruções acesso exclusivo a imagens armazenadas pelo usuário, distintos dos textos, o que torna duvidosa a afirmação de que o uso do aparelho serviria apenas para leitura, já que possível, mesmo em preto e branco, sua utilização como banco de fotos ou álbum de fotografias.
10. Consta, ainda, suporte à visualização de arquivos “.gif”, que seriam animações, afastando, de forma contundente, a afirmação de que as imagens se refeririam apenas as encontradas dentro de livros digitais, prejudicando o argumento de que tal aparelho poderia ser equiparado, em suas funções e finalidades, ao livro em papel para fins de gozo da imunidade constitucionalmente prevista.
11. Agravo inominado desprovido.

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de agravo inominado à negativa de seguimento a agravo de instrumento à concessão parcial de liminar, em mandado de segurança, que apenas determinou “à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato tendente ao perdimento ou alienação dos ‘leitores de livros digitais’ (LEV COM LUZ), constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº TEH 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH

10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), objeto deste *mandamus*, enquanto não houver ulterior decisão nos autos”.

Alegou-se que: (1) não se aplica do artigo 557, do Código de Processo Civil, no presente caso; (2) o que interessa para fins de reconhecimento da imunidade tributária é a sua finalidade, uma vez que é a ela que se destina os produtos e não a forma de utilização deste produto pelo usuário; (3) “sem a possibilidade de visualizar imagens haveria em prejuízo da Agravante violação a livre concorrência, já que estaria em desvantagem em relação àqueles que disponibilizam na venda de livros impressos” (f. 385); (4) “necessário frisar que a prova pré-constituída é de fácil análise e não requer nenhum conhecimento específico a justificar qualquer dilação probatória com juntada de parecer técnico, tratando-se de produto familiar ao homem médio moderno” (f. 386); e (5) já foram proferidas decisões em reconhecimento a imunidade ao e-reader/leitor de livros digitais, em sede de mandado de segurança, sem a necessidade de dilação probatória, inclusive para a aplicação da alíquota zero de PIS e COFINS sobre a venda dos produtos no mercado interno.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 372/7):

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento à concessão parcial de liminar, em mandado de segurança, que apenas determinou “à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato tendente ao perdimento ou alienação dos ‘leitores de livros digitais’ (LEV COM LUZ), constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº TEH 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH 10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), objeto deste mandamos, enquanto não houver ulterior decisão nos autos”.

Requeru a reforma da decisão agravada, para que a medida liminar seja integralmente deferida, determinando-se a conclusão do desembaraço aduaneiro dos leitores de livros digitais constantes dos documentos citados, sem a exigência do recolhimento dos impostos federais incidentes na importação (Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados), através do reconhecimento da imunidade prevista no artigo 150, IV, “d”, da CF/88.

Alegou que: (1) impetrou o MS 0008643-10.2014.403.6119, preventivamente, com objetivo de assegurar a imunidade tributária do IPI e do II, prevista no artigo 150, IV, “d”, CF/88, sobre “aparelho confeccionado exclusivamente para leitura de livros digitais importados sob os modelos Booken Lev - CYBOY4S-AS (nome comercial LEV) e Booken Lev com luz - CYBOY4F-AS (nome comercial LEV COM LUZ) da China”; (2) embora o Juízo *a quo* tenha indeferido, em parte, a medida liminar, por evidenciar que os livros digitais agregam outros elementos que ultrapassam a estrutura do livro impresso, o mencionado armazenamento de imagens é estritamente necessário (e somente por isso presente no aparelho) à finalidade de composição do livro, tal como capa e ilustrações, por exemplo; (3) o leitor de livros digitais importado proporciona acesso apenas à loja virtual da impetrante, conforme consta do manual do usuário “é possível baixar livros digitais, arquivos de texto e imagens em seu computador e transferi-los para seu Lev por meio de um cabo USB. Para isso, arraste os arquivos desejados de seu computador para a pasta do Lev, aberta após a conexão do cabo USB. Livros digitais

comprados em outras lojas podem ser transferidos e lidos em seu Lev desde que não possuam DRM (proteção contra cópias não autorizadas) ou sejam protegidos com a tecnologia da Adobe (utilizada pela maioria das lojas de livros digitais existentes). Ao transferir livros protegidos, podem ser solicitados dados do seu acesso a loja em que os livros foram comprados. Para maiores detalhes, entre em contato com o suporte da loja em que fez a compra”; (4) conforme se verifica, a conclusão contida na decisão agravada, de que o “e-reader” permite acesso a ambientes virtuais de outras lojas, que não a da impetrante, é equivocada, pois o que se possibilita é apenas que livros digitais adquiridos em outras lojas virtuais sejam transferidos, através de conexão USB, mas nunca por conexão “wireless” diretamente ao LEV; (5) tal impossibilidade, além de constar do manual do usuário, é comprovada por certidão de tabelião, em ata notarial, em que se constatou impossibilidade de acessos a outros sítios eletrônicos, em razão das restrições existentes no dispositivo; (6) a armazenagem de imagens tem por objetivo unicamente atender à finalidade do aparelho, que é a leitura de livros digitais, disponibilizando as imagens que eventualmente venham a compor a obra, “tanto assim que o aparelho somente apresenta imagens em preto e branco e não colorido”; (7) tal se verifica no caso de obras infantis, obras em que constam imagens fotográficas, e quanto as capas das obras; (8) diferentemente da conclusão na decisão agravada, constam provas pré-constituídas suficientes para demonstrar o direito líquido e certo da impetrante, a possibilitar o deferimento liminar de sua pretensão, dentre elas, “(i) declaração do fabricante(original e tradução juramentada), na qual se atesta que os e-Reader são unicamente destinados e têm a exclusiva finalidade de possibilitarem a leitura, em formato digital, de livros além de não poderem, tecnicamente, ser utilizados para outros fins. (ii) manual do e-Reader: O fabricante afirma e informa aos consumidores no manual do e-Reader que sua função é unicamente para possibilitar a leitura do livro eletrônico e seu download. (iii) ata notarial eletrônica por meio da qual um Tabelião atesta por seus próprios sentidos a restrição de acesso à internet e, portanto, a utilização exclusiva do aparelho como leitor de livros digitais”; (9) tais documentos demonstram, de forma suficiente, que o aparelho foi concebido com a finalidade exclusiva de permitir a leitura de livros digitais, não se tratando de um “tablet” para acesso a internet, música e imagens; e (10) há diversas decisões na Seção Judiciária de São Paulo e de Guarulhos reconhecendo a imunidade tributária do e-Reader, bem como quanto ao NCM correto a ser utilizado, qual seja, NCM 4901.99.00, equiparado ao livro.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557, CPC.

Com efeito, consta da decisão agravada (f. 366/8v°):

“Vistos etc.

Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, impetrado por SARAIVA E SICILIANO S.A. em face do INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SÃO PAULO EM GUARULHOS/SP, no qual postula provimento jurisdicional para declarar a imunidade prevista no artigo 150, VI, ‘d’, da Constituição Federal ao leitor de livros digitais (e-reader denominado Lev), constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº THE 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH 10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), e, por conseguinte, a inexistência do recolhimento de impostos federais (Imposto de Importação - II e Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI) no desembaraço aduaneiro. Pede-se ainda a reclassificação da mercadoria na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM sob código ‘4901.99.00’.

Relatam as impetrantes que atuam no segmento empresarial de varejo de livros, entre outros, e, nessa condição pretendem comercializar no Brasil aparelho confeccionado exclusivamente para leitura de livros digitais, denominado na expressão inglesa de ‘e-reader’ e importado sob o nome comercial ‘LEV’ (modelo Lev CYBOY4SSA) e ‘LEV COM LUZ’ (modelo CYBOY4FAS). Fundamentando o pleito, sustentam as impetrantes que o aparelho possui função exclusiva

para leitura de livros digitais, razão pela qual é imune a impostos, nos termos do aludido art. 150, VI, 'd', da Constituição Federal cuja finalidade também alberga o princípio da liberdade de expressão. Aduzem, subsidiariamente, a aplicação da teoria da mutação constitucional. Alegam a presença do *periculum in mora*, consubstanciado no risco de apreensão dos leitores digitais no momento do desembaraço aduaneiro em razão da exigência do pagamento de impostos federais.

Inicial instruída com os documentos de fs. 36/327.

A possibilidade de prevenção apontada no termo de fs. 328/334 foi afastada na certidão de f. 337.

É o relatório.

Decido.

Como se sabe, o mandado de segurança é ação constitucional para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em face de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A medida liminar é concedida quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso esta seja deferida ao final, nos termos do inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009.

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos para a concessão da medida liminar.

Pretende a parte impetrante, nestes autos, obter a liberação de quatorze mil e quatrocentas unidades do equipamento 'Saraiva Lev com Luz' (e-reader with frontlight), sustentando que referido equipamento, por ter finalidade exclusiva de leitor de livros digitais, está abrangido pela imunidade tributária estabelecida constitucionalmente a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão.

Contudo, não há nos autos elementos técnicos seguros que permitam concluir que o equipamento em questão destina-se exclusivamente à leitura de livros digitais, conforme sustentado na petição inicial, visto que, de acordo com o manual de instruções, o aparelho também admite o armazenamento de 'grande quantidade de itens digitais (livros, documentos e imagens)', bem assim a transferência de arquivos a partir de um computador, utilizando-se um cabo USB (fs. 85, 87, 90, 94 e 98). De igual modo, o usuário do Lev não fica restrito ao ambiente eletrônico da empresa-impetrante, na medida em que pode adquirir livros digitais (ou demais formas textuais) em outras lojas virtuais, consoante explica o indigitado manual de instruções à f. 108. Anoto que a cópia da ata notarial de fs. 119/126, justamente por não consubstanciar laudo técnico, não é apta por si só a comprovar a extensão da funcionalidade do equipamento. Além disto, este documento revela que o notário apenas relatou a utilização de algumas funções do equipamento pelo solicitante.

De qualquer modo, a controvérsia instaurada initio litis teria o condão de no mínimo demonstrar a não comprovação de plano do direito líquido e certo, a impedir a concessão da liminar sob esse aspecto. Neste sentido:

'AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUERIDA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DE TRIBUTOS EM RELAÇÃO AOS E-READERS. EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DESTINADA AOS LIVROS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. É evidente que a análise da extensão da imunidade tributária em relação aos e-readers especificados na ação originária (modelo "Kobo Aura HD" "bem como a outros modelos de e-readers com características semelhantes que venham a ser importados ou comercializados pela autora" - fl. 114) não prescinde de elastério probatório e por isso mesmo a incidência do art. 273 do CPC incore na espécie. 2. Por outro lado, é certa a afirmação feita pela agravada no sentido de que a imunidade cogitada no art. 150, VI, da CF (que corresponde ao art. 19, III, da Constituição de 1967) viceja apenas no cenário dos impostos e por isso não pode abranger as contribuições. Ora, só a Constituição concede imunidades, como exceção que restringe o alcance do poder tributante que ela mesma con-

cede. 3. As normas que veiculam exceções devem sofrer interpretação restritiva, sob pena de violação da Constituição que “quis” impedir o Estado de tributar apenas no âmbito de uma das espécies tributárias cogitadas pelo Constituinte nos arts. 145 e 149. Quando a Magna Carta desejou obstar a tributação sob a forma de alguma exação ela expressamente o disse, como quando o fez, por meio de isenção a ser regulamentada no plano ordinário, no tocante a contribuições (7º do art. 195). 4. Enfim, há que se considerar que a concessão *in limine* de tutelas deve ser excepcional, reservada aos casos em que não há sacrifício ao contraditório e a ampla defesa. 5. Para isso o direito afirmado pelo interessado deve se apresentar em alto grau de probabilidade não apenas em função de seus argumentos, mas também do acervo demonstrativo que ele consegue reunir até o momento em que o invoca perante o Judiciário para obter a tutela de urgência. Se essa densidade não é visível *primu ictu oculi*, descabe a invocação do art. 273 do CPC, ainda porque não se verifica na espécie qualquer abuso da União no exercício do seu direito de defesa. 6. Agravo legal improvido’. (TRF 3ª Região - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 511036 - Rel. Des. Fed. Johanson de Salvo - Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/07/2014 - g.n.)

Assim, não se mostra plausível num juízo de cognição superficial, sem amparo técnico suficiente e análise concreta do produto, afirmar qual o seu correto tratamento tributário. Sob este viés, convém destacar que a questão tratada nos autos não é simples, visto que envolve o alcance da imunidade constitucional conferida a livros, jornais e periódicos cuja repercussão geral foi inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 330817.

Por fim, entendo não haver também *periculum in mora*, tendo em vista a natureza preventiva da impetração e a celeridade típica do mandado de segurança.

Contudo, *ad cautelam*, entendo ser caso obstar a eventual aplicação da pena de perdimento e alienação de bens à importação em tela enquanto não sobrevir ulterior decisão nos autos. Posto isso, DEFIRO EM PARTE O PEDIDO *LIMINAR*, tão-somente para determinar à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato tendente ao perdimento ou alienação dos ‘leitores de livros digitais’ (LEV COM LUZ), constantes dos constantes dos conhecimentos de transporte MAWB nº 180-69300615 (HAWA nº TEH 10068101); MAWB 618-87572214 (HAWA nº TEH 10068531); MAWB nº 618-87572203 (HAWA nº TEH 10068433), objeto deste mandamos, enquanto não houver ulterior decisão nos autos.”

No caso, a agravante requer reconhecimento judicial da abrangência da imunidade de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”, prevista no artigo 150, VI, “d”, CF/88, sobre “e-Readers”, importados pela agravante da República Popular da China, modelos Bookeen Lev - CYBOY4S-SA e Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA, a fim de impedir sua retenção pela falta de recolhimento de impostos (f. 75/86).

Inicialmente, cabe ressaltar que os documentos relativos à operação e que constituiriam demonstração documental do caráter preventivo do mandado de segurança, a indicar a iminência de ocorrência do ato coator, não apontam importação de aparelho identificado como modelos “Bookeen Lev - CYBOY4S-SA”, mas apenas “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA” (f. 75/86). Assim, resta ausente a prova pré-constituída em relação à pretensão de gozo de imunidade em relação ao equipamento importado modelo “Bookeen Lev - CYBOY4S-SA”, sendo o pedido de reforma da decisão agravada, em *relação a tal bem*, manifestamente destituído de plausibilidade jurídica.

Quanto ao equipamento “Bookeen Lev com luz - CYBOY4F-SA”, cuja importação resta comprovada, a impetrante afirma que, tendo em vista sua finalidade exclusiva de leitura de livros digitais e acesso restrito à loja virtual da impetrante através de acesso “wi-fi” à internet, para aquisição de obras, estaria abrangida na regra imunizante prevista no artigo 150, VI, “d”, CF/88:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

Assim, alega que a ausência de papel físico para a constituição do livro (eletrônico) não afastaria a imunidade, pois o legislador constitucional, ao excluir a competência tributária em tal hipótese, teve por escopo permitir a liberdade de expressão, afastando a ingerência do Poder Público na transmissão de ideias.

Neste ponto, cabe ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido de que a regra imunizante do artigo 150, VI, “d”, alcança apenas aquilo que puder ser compreendido dentro da expressão papel destinado a sua impressão, permitindo sua extensão apenas a alguns materiais correlatos, como filmes e papéis fotográficos, adotando interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

Neste sentido, cabe destacar o voto proferido pelo e. Ministro CELSO DE MELLO no julgamento do AGRESP 327.414, julgado em 07/03/2006:

“Com efeito, como já enfatizado na decisão ora agravada, a controvérsia constitucional suscitada na presente causa põe em evidência a discussão em torno da abrangência normativa da imunidade tributária a que se refere o art. 150, VI, ‘d’, da Constituição da República.

Devo registrar, neste ponto, conforme já destaquei no ato decisório ora impugnado, que dissinto, respeitosamente, da orientação majoritária que tem sido observada, no tema em análise, pela jurisprudência desta Suprema Corte.

É que, embora vencido no julgamento do RE 203.859/SP, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento restritivo a propósito da matéria em causa, sustento - com fundamento em autorizada lição doutrinária (HUGO DE BRITO MACHADO, ‘Curso de Direito Tributário’, p. 248, item n. 3.12, 20ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ‘Curso de Direito Constitucional Tributário’, p. 681, item n. 4.4.3, 17ª ed., 2002, Malheiros; REGINA HELENA COSTA, ‘Imunidades Tributárias’, p. 192, item n. 2.4.5, 2001, Malheiros, v.g.) - a possibilidade de interpretação extensiva do postulado da imunidade tributária, na hipótese prevista no art. 150, VI, ‘d’, da Constituição da República, considerando, para esse efeito, a própria teleologia da cláusula que impõe, ao Estado, essa específica limitação constitucional ao poder de tributar.

É preciso ter presente, na análise do tema em exame, que a garantia da imunidade estabelecida pela Constituição republicana brasileira, em favor dos livros, dos jornais, dos periódicos e do papel destinado à sua impressão (CF, art. 150, VI ‘d’), reveste-se de significativa importância de ordem político-jurídica, destinada a preservar e a assegurar o próprio exercício das liberdades de manifestação do pensamento e de informação jornalística, valores em função dos quais essa prerrogativa de índole constitucional foi conferida, instituída e assegurada.

Não se pode desconhecer, dentro desse contexto, que as imunidades tributárias de natureza política destinam-se a conferir efetividade e a atribuir concreção a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições. Constituem, por isso mesmo, expressões que traduzem significativas garantias de ordem instrumental, vocacionadas, na especificidade dos fins a que se dirigem, a proteger o exercício da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação.

O instituto da imunidade tributária não constitui um fim em si mesmo. Antes, representa um poderoso fator de contenção do arbítrio do Estado, na medida em que esse postulado fundamento, ao inibir, constitucionalmente, o Poder Público no exercício de sua competência impositiva, impedindo-lhe a prática de eventuais excessos, prestigia, favorece e tutela o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas.

Cumprir ter em consideração, neste ponto, a grave advertência lançada pelo Ministro ALIO-MAR BALEEIRO (‘Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar’, p. 189 e 191, 5ª ed., 1977, Forense), cujo magistério, versando o tema da imunidade concernente a livros, jornais e revistas, assinala:

‘A Constituição almeja duplo objetivo ao estatuir essa imunidade: amparar e estimular a cultura

através dos livros, periódicos e jornais; garantir a liberdade de manifestação do pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária (...).

(...) o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade de manifestação do pensamento, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático.' (grifei)

Dentro dessa perspectiva, é preciso considerar que a garantia da imunidade qualifica-se como instrumento de proteção constitucional vocacionado a preservar direitos fundamentais - como a liberdade de informar e o direito do cidadão de ser informado -, em ordem a evitar uma situação de perigosa submissão tributária das empresas jornalísticas, reais destinatárias dessa especial prerrogativa de ordem jurídica, ao poder impositivo do Estado.

Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar, restritivamente, o alcance da cláusula inscrita no art. 150, VI, 'd', da Carta Política, firmou entendimento no sentido de que a garantia constitucional da imunidade tributária, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, exclusivamente, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos (RTJ 167/988-989, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO - RE 178.863/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 289.370/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.).

Essa diretriz jurisprudencial - de que respeitosamente divirjo, como já assinei no início deste voto - exclui, do alcance tutelar da garantia constitucional a que alude o art. 150, VI, 'd', da Lei Fundamental, quaisquer outros insumos, embora referentes ao processo de composição, impressão e publicação de livros, jornais e periódicos (RE 203.124/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM), tais como tintas (AI 307.932-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 203.267/RS, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 213.688/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), equipamentos a serem utilizados no parque gráfico (RE 215.798/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), tiras plásticas (fios de Polipropileno) para amarração de jornais (RE 208.638-AgR/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 220.154/RS, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI) e produtos à base de solução alcalina, para acelerar o processo de secagem da tinta, viabilizando, desse modo, a pronta distribuição das publicações (RE 204.234/RS, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento tem prevalecido na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ/1050, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 208.466-AgR/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 244.698-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.):

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em Plenário, dos RREE nº 174.474 e 203.859, Relator para o acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, firmou entendimento de que a imunidade alcança as operações importação de filmes e papéis fotográficos, e, nas decisões proferidas nos RREE nº 208.466 e 203.063 (Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14/03/97), afastou a referida imunidade relativamente aos demais insumos gráficos. (RE 206.076/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)"

Por sua vez, é certo que a questão da imunidade relacionada aos "e-books", embora contrariando o entendimento daquela Corte, encontra-se aguardando julgamento do RE 330.817, em que reconhecida a existência de repercussão geral, a demonstrar a possibilidade de eventual alteração do entendimento do guardião maior da Constituição Federal sobre a questão.

Contudo, o que se verifica no caso é a própria ausência de plausibilidade jurídica quanto à possibilidade de equiparação do aparelho importado pela impetrante, denominado "LEV", ao livro em papel, dada a ausência de prova hábil a demonstrar tratar-se de equipamento concebido exclusivamente para a leitura de livros digitais ("e-Reader").

Neste sentido, consta cópia do manual do usuário às f. 90/138, em que se aponta a capacidade do equipamento para a leitura de "e-books", nos seguintes formatos (f. 115):

"[...]

6.1 Formatos de arquivo suportados

Um arquivo de e-book é considerado um documento digital. Pode ser um livro, um jornal, um

manual do usuário, entre outros. Esses documentos são diferenciados pelo tipo de arquivo ou formato de arquivo. Vários formatos de arquivo podem ser lidos no dispositivo. São eles:

- Arquivo ePub e-book
- Arquivo PDF e-book
- Arquivo HTML e-book
- Arquivo TXT e-book
- Arquivo FB2 e-book”

Note-se, porém, a ausência de prova capaz de demonstrar que a leitura de “e-books”, e sua compra através de acesso unicamente à loja virtual da impetrante, seriam as únicas funções do dispositivo eletrônico.

Consta às f. 112 que, além de livros eletrônicos, o dispositivo permite armazenar imagens que não apenas os conteúdos de livros, como fotos (“pode armazenar uma grande quantidade de itens digitais (livros, documentos e imagens)”); e visualizá-los independentemente de eventual inserção em textos (f. 123): “7. Ver imagens. Na página da biblioteca, selecione um arquivo de imagem, toque nele ou pressione o botão OK para abri-lo. Uma entrada de imagem pode ser identificada por meio da ativação da opção ‘Mostrar formatos de arquivo’ do menu contextual Biblioteca. Neste caso, os arquivos JOG, PNG, GIF, BMP, ICO, TIF, PSD são considerados arquivos de imagem”.

Cabe destacar que formatos de imagem não são tidos como “e-books” pelo equipamento, como visto anteriormente, e podem ser visualizados separadamente, mesmo em hipótese de imagens inseridas em documento de texto. Assim, possível sua utilização, outrossim, como álbum de fotografias ou biblioteca de imagens obtidas com transferência através de computador, por conexão USB.

Por sua vez, o só fato de não ser possível o acesso a outras páginas da internet, que não a loja virtual da impetrante para aquisição de obras, não demonstra se tratar de aparelho voltado exclusivamente à leitura de livros digitais.

Embora certo que as imagens com as extensões relacionadas possam estar inseridas em arquivos de texto como “.txt” e “.html”, consta do manual de instruções um acesso exclusivo a imagens armazenadas pelo usuário, distintos dos textos, o que torna duvidosa a afirmação de que o uso do aparelho serviria apenas para leitura, já que possível, mesmo em preto e branco, sua utilização como banco de fotos ou álbum de fotografias.

Por fim, consta o suporte à visualização de arquivos “.gif”, que seriam animações, afastando, de forma contundente, a afirmação de que imagens se refeririam apenas aquelas encontradas dentro de livros digitais, o que não permite concluir, de forma segura, se tratar de equipamento equiparável a livro, para fins de gozo da imunidade constitucionalmente prevista, demonstrando-se, assim, a manifesta ausência de plausibilidade jurídica do pedido de reforma. Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, CPC, nego seguimento ao recurso.

Primeiramente, destaca-se que o artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

Como se observa, a decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo nominado apenas reiterou o que havia sido antes deduzido, e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo nominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0001049-61.1998.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Rés: UNIÃO FEDERAL, TVI COMUNICAÇÃO INTERATIVA LTDA, TECPLAN TELEINFORMÁTICA S/C LTDA E OUTRAS
Origem: JUÍZO FEDERAL 19ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: TIAGO BOLOGNA DIAS
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 05/12/2014

Relatório

Trata-se de Ação Civil Pública, inicialmente distribuída perante o Juízo da 15ª Vara Federal Cível de São Paulo, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de União Federal, TVI Comunicação Interativa Ltda, Tecplan Teleinformática S/C Ltda, Abba Produções e Participações Ltda, Coconut Tele Serviços Representações e Publicidade Ltda, MH Telecom, TV Manchete Ltda, TV Globo Ltda, CNT Gazeta, Rádio e Televisão Record S/A, TV SBT Canal 4 De São Paulo S/A, TELESISAN Telecomunicações, Televidas, Comércio, Importação e Exportação Ltda, Fundação Cásper Líbero e Rádio e Televisão OM Ltda, objetivando o autor obter provimento jurisdicional em sede de antecipação de tutela que obrigue a corré União Federal a não conceder autorização para a realização de sorteios por entidades filantrópicas com base na Portaria 413/97 e na Portaria 1285/97, bem como para que seja suspensa toda e qualquer atividade de sorteio televisivo por parte das corrés que tenha como base as citadas portarias. Ao final, pleiteia a confirmação do pedido de tutela antecipada, bem como a condenação dos réus pelos danos morais aos consumidores, sendo o valor destinado ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7347/85, sujeitos a atualização e juros. Requer, ainda, que os réus sejam responsabilizados, com exceção da União Federal, a restituir a cada entidade filantrópica participante dos sorteios a quantia devida aos sorteios já realizados de acordo com a Lei nº 5768/71, quantia esta a ser apurada em execução de sentença, dentro da sistemática do artigo 97 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível valor restante destinado ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7347/85, de acordo com a sistemática do parágrafo único do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, sujeitos a atualização e juros.

A apreciação do pedido de antecipação da tutela foi diferida para após a vinda da resposta da União.

A União contestou o feito às fls. 1470/1474 alegando, inicialmente, ineficácia do pedido de antecipação da tutela antecipada com base na Portaria 413/97, haja vista a sua revogação pelo artigo 40 da Portaria 1285/97. Sustenta que não há ilegalidade nas citadas Portarias, haja vista que não causaram lesão ao patrimônio público ou ao consumidor e visaram tão somente a complementar a Lei nº 5.768/71, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 5.864/72, que disciplinam os pedidos de autorização para a realização de sorteios por parte de entidades filantrópicas.

A MH Telecomunicações contestou às fls. 1519/1521, alegando ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista que mantém contrato de parceria com a Telesp, no qual está autorizada a promover o acesso dos usuários ao código 0900, razão pela qual ela apenas opera a intermediação telefônica entre os usuários e o sistema telefônico. Não teceu considerações acerca do mérito.

O Ministério Público Federal manifestou-se em relação às contestações apresentadas pela União e MH Telecomunicações e reiterou o pedido de apreciação da tutela antecipada (fls. 1542/1549).

O pedido de tutela antecipada foi deferido, a fim de determinar à União Federal não conceder autorização para a realização de sorteios por entidades filantrópicas com base na Portaria 413/97 e na Portaria 1285/97, bem como para suspender os concursos televisivos realizados com base nas citadas portarias e com a participação das empresas TVI Comunicação Interativa Ltda, TECPLAN Teleinformática S/C Ltda, ABBA Produções e Participações Ltda, COCONUT Tele Serviços Representações e Publicidade Ltda e MH Telecom, veiculados pelas empresas de televisão TV Manchete Ltda, TV Globo Ltda, CNT Gazeta, TV Record, TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A (fls. 1551/1564).

Manifestação da TELESP às fls. 1617/1618.

Decisão à fl. 1620 concedendo prazo de 48 horas para a TELESP operacionalizar tecnicamente o cumprimento da liminar.

Nova manifestação da TELESP às fls. 1652/1653 reiterando o pedido de reconsideração da decisão liminar.

Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 1665/1666).

Decisão às fls. 1667/1668, que tornou sem efeito a segunda parte do despacho de fls. 1620 e determinou o depósito judicial de todas as receitas provenientes dos concursos televisivos.

Manifestação do MPF requerendo a intimação da EMBRATEL para o cumprimento da liminar, o que foi deferido (fls. 1671/1672).

Manifestação da TELESP (fls. 1682/1684).

Manifestação do MPF (fl. 1687).

Manifestação da EMBRATEL (fls. 1689/1690).

Manifestação do MPF (fls. 1696/1700).

Foi proferida decisão às fls. 1745 deferindo o depósito em Juízo de todos os valores relativos aos “Tele Sorteios” abrangidos pela medida liminar sempre que houver arrecadação dos mesmos. Ademais, acolheu a manifestação do MPF de fls. 1649/1742, concedendo o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a EMBRATEL adotar as providências necessárias ao cumprimento da liminar.

A Federação Nacional das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais, entidade civil filantrópica, manifestou interesse em ingressar na lida na qualidade de assistente simples da parte ré (fls. 1753/1756).

A União noticiou a interposição de Agravo de Instrumento (fls. 1782/1793).

A TELESP noticiou a realização de depósitos judiciais (fls. 1819/1828).

O MPF manifestou-se às fls. 1831/1833 pelo indeferimento do pedido de ingresso no feito da Federação Nacional das APAES, bem como requereu a intimação da EMBRATEL depositar todos os valores auferidos com base em sorteios 0900 a partir do ajuizamento da ação.

Decisão às fls. 1834 determinando à EMBRATEL o depósito de todos os valores auferidos com base nos sorteios 0900 a partir do ajuizamento da ação.

Embargos de Declaração apresentados pela Rádio Record Sociedade Anônima às fls. 1845/1848, os quais foram rejeitados às fls. 1884.

Rádio Record Sociedade Anônima noticiou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 1850/1878.

A corrê TVI Comunicação Interativa Ltda manifestou-se às fls. 1891/1894, requerendo a reconsideração da decisão que deferiu a tutela antecipada.

Foi proferida decisão às fls. 1895/1897 tornando sem efeito a decisão de fl. 1834.

A corrê ABBA Produções e Participações LTDA requereu a reconsideração da decisão que determinou o depósito em Juízo dos valores arrecadados através do sistema 0900 (fls. 1906/1909).

Foi proferida decisão às fls. 1918 que tornou sem efeito a decisão que determinou o depósito judicial dos valores arrecadados pelo sistema 0900, determinando, por conseguinte, a expedição de alvará de levantamento em favor da TELESP dos valores já depositados.

Manifestação da TELESISAN Telecomunicações, Televentas, Comércio, Importação e Exportação Ltda (fls. 1920/1925).

ABBA PRODUÇÕES E Participações Ltda noticiou a interposição de Agravos de Instrumento às fls. 1965/1981 e 1982/1988.

TVI Comunicação Interativa Ltda comunicou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 1989/2028.

TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A apresentou contestação às fls. 2032/2041 alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Manifestação da EMBRATEL às fls. 2045/2046.

Foram juntados ofícios do Tribunal Regional Federal comunicando as decisões proferidas nos Agravos de Instrumento n°s 98.03.049264-0 (fls. 2048/2051), 98.03.051954-9 (fls. 2052/2056), 98.03.052584-0 (fls. 2059/2062) e 98.03.051561-6 (fls. 2063/2066).

O MPF comunicou a interposição de Agravo de Instrumento (fls. 2110/2118).

Decisão às fls. 2119/2120 que deferiu o pedido de reconsideração do MPF de fls. 2110, a fim de que se prossiga, em favor do Juízo, toda a arrecadação proveniente do concurso 0900 questionada nos autos, até decisão final do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF.

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 2141/2142).

Decisão às fls. 2143.

Comprovantes de depósitos judiciais juntados às fls. 2156/2163.

ABBA Produções e Participações Ltda contestou o feito às fls. 2170/2178, alegando, preliminarmente, a carência de ação. Alegou a ocorrência de litisconsórcio passivo necessário das entidades filantrópicas que participaram dos sorteios, bem como dos ganhadores dos prêmios. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

Manifestação da EMBRATEL (fls. 2180/2181).

Foi proferida decisão às fls. 2191/2192, restabelecendo as decisões de fls. 1895/1897 e 1918.

A TV Manchete Ltda apresentou contestação às fls. 2233/2237, pugnando pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para a causa. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

A TVI Comunicação Interativa Ltda informou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 2238/2261.

A TELESISAN – Telecomunicações, Televentas, Comércio, Importação e Exportação Ltda contestou o feito às fls. 2266/2275, arguindo, em sede preliminar, a falta de interesse de agir. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A Obra Social São Francisco Xavier, entidade filantrópica, manifestou-se às fls. 2287/2298,

requerendo a liberação de verba referente a sorteio televisivo no qual foi contemplada.

Ofícios do TRF 3ª Região comunicando decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 98.03.066017-9 (fls. 2300/2303) e nº 98.03.066020-9 (fls. 2304/2307).

A TVI Comunicação Interativa contestou o feito às fls. 2309/2357 alegando, em preliminar, ilegitimidade passiva e ausência de lesão ao patrimônio público. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

À fl. 2603 a ABBA Produções e Participações Ltda requereu a expedição dos alvarás de levantamento dos valores depositados nos autos.

A Associação Beneficente de BILAC, entidade filantrópica, requereu a sua admissão no feito na qualidade de litisconsorte passiva necessária (fls. 2612/2626).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 2172/2718.

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 2720/2721).

Decisão às fls. 2725/2727 que deixou de conhecer os pedidos de liberação de valores formulados por entidades filantrópicas e determinou a citação da ré COCONUT.

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 2740/2755).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 2924/2925 requerendo a manutenção dos depósitos judiciais até o julgamento definitivo do agravo.

Decisão de fls. 2939 mantendo a decisão proferida anteriormente às fls. 2191/2192.

O Ministério Público Federal requereu a liberação de valores em favor das entidades filantrópicas Desafio Jovem Monte Horebe e Lar de Assistência à Criança (fl. 2943).

Manifestação da TVI Comunicação Interativa Ltda e TECPLAN Teleinformática S/C Ltda às fls. 2964/2967.

A TELESISAN Telecomunicações, Televendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda requereu a expedição de alvará de levantamento dos valores depositados em Juízo pelas concessionárias de serviços de telefonia (fls. 3094/3095).

A Irmandade do Hospital e Maternidade “Cel. Juca Ferreira”, entidade filantrópica, requereu a expedição de alvará de levantamento em seu favor, referente a sorteio veiculado pelo SBT no programa Fantasia, cuja arrecadação foi depositada nos autos pela TELESP (FLS. 3097/3099).

A TV GLOBO Ltda apresentou contestação às fls. 3123/3137 alegando, preliminarmente, a carência de ação em razão da ausência de prejuízo ao erário público. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A Rádio e Televisão OM Ltda (CNT) contestou o feito às fls. 3141/3169 alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial e a perda de objeto em razão da revogação da Portaria 413/97 pela Portaria 1285/97. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

A Irmandade da Santa Casa de Ipauçu, entidade filantrópica, manifestou-se às fls. 3196/3198, requerendo o levantamento de valores a ela pertencentes com base em sorteio pelo sistema 0900.

A Rádio Record S/A apresentou contestação às fls. 3211/3245 alegando, em sede preliminar, a incompetência da Justiça Federal para conhecer a demanda, a incompetência da Seção Judiciária Federal de São Paulo, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para a propositura da ação e ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

A COCONUT Tele Serviços, Representações e Publicidade Ltda contestou o feito às fls. 3247/3254, pugnando pela improcedência do pedido.

A Fundação Cásper Líbero (proprietária da emissora TV Gazeta) contestou às fls. 3270/3273 alegou que a sua programação é de responsabilidade da CNT – Companhia Nacional de Televisão, por força de contrato firmado entre elas, requerendo a citação de tal empresa. No mais, alegou a ilegitimidade passiva *ad causam* e a carência de ação, diante da ausência de demonstração de prejuízo ao erário. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido.

Foi proferida decisão às fls. 3287/3288 que indeferiu o pedido de admissão no feito formulado por Federação Nacional das APAES e como litisconsorte passivo necessário formulado pela Associação Beneficente de Bilac, por carecerem de interesse de agir e legitimidade processual na lide, bem como deixou de conhecer os pedidos de liberação de valores formulados pelas entidades Obra Social de São Francisco Xavier e Irmandade da Santa Casa de Ipaçu, por não serem partes no processo.

O Ministério Público Federal apresentou réplica às contestações (fls. 3290/3308).

Ofício do TRF – 3ª Região comunicando decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 98.03.082705-7 (fls. 3312/3314).

A decisão proferida às fls. 3314/3315 indeferiu o pedido de inclusão no polo passivo dos vencedores dos prêmios oriundos dos sorteios *sub judice*, por lhe faltarem legitimidade. De outra parte, deferiu a inclusão como litisconsorte passiva a TELESISAN Telecomunicações, Televendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda, bem como da Fundação Cásper Líbero e Radio e Televisão OM Ltda.

Ofícios do TRF – 3ª Região (fls. 3319/3321) comunicando decisão proferida nos agravos de instrumento nºs 98.03.051954-9, 98.03.051561-6 e 98.03.049264-0, que lhe negaram provimento.

A Rádio Record apresentou Agravo Retido à decisão que indeferiu a inclusão no polo passivo dos contemplados nos concursos discutidos na ação (fls. 3323/3325).

A ABBA Produções e Participações Ltda apresentou Agravo Retido à decisão que indeferiu a inclusão no polo passivo dos contemplados nos concursos discutidos na ação (fls. 3328/3329).

Ofícios do TRF – 3ª Região comunicando decisão que negou provimento aos Agravos de Instrumento nºs 98.03.066017-9 e 98.03.052584-0 (fls. 3341/3342).

Foi proferida decisão às fls. 3344-3345, que declarou prejudicado o pedido da TELESISAN para liberação dos depósitos em seu favor, em face da concessão de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 98.03.082705-7 interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão que liberou o levantamento de todos os depósitos realizados nos autos.

Ofício do TRF 3- Região comunicando decisão proferida que deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 98.03.082705-7 (fls. 3346).

Às fls. 3373/3376, o Ministério Público Federal apresentou contraminuta ao Agravo Retido interposto pela Rádio Record.

Instadas as partes a manifestarem-se acerca das provas que pretendem produzir, o Ministério Público Federal requereu a produção de prova pericial, o depoimento pessoal das rés, com exceção da União e prova testemunhal (fls. 3378/3379).

Os corréus ABBA Produções e Participações Ltda, Rádio Record S/A e TV Globo Ltda pugnaram pela produção de provas às fls. 3386, 3388 e 3390, respectivamente. A corré COCONUT Tele Serviços, Representações e Publicidade Ltda declarou não ter interesse em produzir

provas, às fls. 3392. As demais partes quedaram-se silentes.

Foi proferida sentença às fls. 3409/3452 que acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, extinguindo o feito sem exame do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, às fls. 3459/3497, que foi recebida no efeito devolutivo (fls. 3498).

A corré ABBA Produções e Participações Ltda requereu a expedição de alvará de levantamento dos valores depositados (fl. 3508).

O TRF – 3ª Região comunicou decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.026700-2 interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 3614/3525), no qual foi concedido parcialmente o efeito suspensivo pleiteado para determinar que os depósitos efetuados nos autos da ação civil pública permaneçam à disposição do Juízo até o trânsito em julgado da decisão definitiva (fls. 3510/3512).

Foi proferida decisão à fl. 3526 determinando às corrés TV Manchete Ltda e TV Globo Ltda a regularização de sua representação processual.

A corré ABBA reiterou o pedido de expedição de alvará (fls. 3531/3532).

Contrarrrazões de apelação apresentadas pelas corrés: Rádio e Televisão Record S/A (fls. 3557/3572), TV Globo Ltda (fls. 3574/3585), ABBA Produções e Participações Ltda (fls. 3587/3589), TVSBT – CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A e TELESISAN – Telecomunicações, Tele-vendas, Comércio, Importação e Exportação Ltda (fls. 3593/3609), TECPLAN Teleinformática Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda (fls. 3613/3627) e União Federal (fls. 3672/3683).

Às fls. 3649/3656 foi juntada cópia da decisão que julgou prejudicado o Agravo de Instrumento nº 98.03.062546-2, por perda superveniente do objeto.

Os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Federal – 3ª Região para o julgamento dos recursos.

Acórdão às fls. 3840/3854 que deu provimento à apelação do Ministério Público Federal e à remessa oficial para reformar a sentença e afastar a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, determinando, assim, o retorno dos autos para o Juízo de origem para a apreciação do mérito. Na mesma ocasião, indeferiu o pedido da ABBA Produções e Participações Ltda de substituição dos valores depositados nos autos por debêntures participativas, emitidas pela Cia Vale do Rio Doce.

A corré TV SBT – Canal 4 de São Paulo S/A opôs embargos de declaração (fls. 3873/3876), os quais foram rejeitados (fls. 3882/3889).

As corrés TECPLAN Teleinformática S/C Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda inter-puseram Recurso Especial (fls. 3898/3926) e Recurso Extraordinário (fls. 4009/4039).

A União interpôs Recurso Especial (fls. 4125/4134).

O Ministério Público Federal apresentou Contrarrrazões aos Recursos Especiais (fls. 4160/4180) e ao Recurso Extraordinário (4181/4196).

A TVSBT – Canal 4 de São Paulo S/A apresentou Contrarrrazões ao Recurso Especial (fls. 4212/4218).

Os recursos especiais foram admitidos às fls. 4223/4225 e 4226/4228. O recurso extraordinário não foi admitido (fls. 4229/4231).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo conhecimento e não provimento dos recursos especiais (fls. 4243/4250).

Às fls. 4259/4274 foi proferido acórdão pelo E. Superior Tribunal de Justiça que não conheceu o recurso especial da União e conheceu em parte o recurso especial da TECPLAN Teleinformática S/C Ltda para negar-lhe provimento.

A União noticiou a interposição de Recurso Extraordinário às fls. 4279/4289.

A TECPLAN Teleinformática Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda opuseram Embargos Declaratórios às fls. 4323/4335, os quais foram rejeitados às fls. 4341/4351.

Inconformadas, a TECPLAN Teleinformática Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda interpuseram Agravo às fls. 4361/4368, que não foi conhecido, consoante decisão proferida às fls. 4370/4375.

Às fls. 4392/4393 foi proferida decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário interposto pela União.

Certidão de trânsito em julgado às fls. 4403.

Retorno dos autos ao Juízo de origem (fls. 4406).

A ABBA Produções e Participações Ltda requereu o desbloqueio dos valores depositados em Juízo (fls. 4430/4431), que foi negado às fls. 4448/4449.

ABBA Produções e Participações Ltda reiterou o pedido de levantamento dos valores depositados nos autos após a prolação de nova sentença (fls. 4490/4492).

Às fls. 4504/4510 foi juntada cópia da decisão que negou provimento ao Agravo nº 758.576 interposto pela TECPLAN Teleinformática S/C Ltda e TVI Comunicação Interativa Ltda em face da decisão que negou provimento ao Agravo de Instrumento.

Às fls. 4529/4533 foi noticiado por Marcio Luis Gomes Pereira Certidão de Habilitação de Crédito Trabalhista, expedida nos autos do processo trabalhista nº 01871009619995020020 que moveu em face de ABBA Produções e Participações Ltda.

O Ministério Público Federal informou não se opor ao pedido de habilitação de crédito pleiteado (fl. 4536). A corré ABBA Produções e Participações Ltda também se manifestou no sentido de não se opor ao pedido de habilitação (fl. 4543).

Foi juntado mandado de penhora no rosto dos autos (fl. 4548/4550).

Petição de Antônio Roberto de Paula requerendo a habilitação de crédito trabalhista (fls. 4570/4571-A).

Foi proferida decisão, às fls. 4614/4615, que determinou a manutenção dos depósitos à disposição do Juízo até o trânsito em julgado da decisão definitiva.

A ABBA Produções e Participações Ltda noticiou a interposição de Agravo de Instrumento à fl. 4625, distribuído sob nº 0027640-36.2012.4.03.0000, ao qual foi negado seguimento, conforme cópia da decisão às fls. 4907/4908.

À fl. 4856, foi proferida decisão mantendo a decisão anteriormente proferida às fls. 4614/4615.

Penhora no rosto dos autos às fls. 4861/4864 referente ao crédito trabalhista de Antônio Roberto de Pádua, executado em face de ABBA Produções e Participações Ltda, nos autos da ação trabalhista nº 00282006020025020068.

A corré ABBA Produções e Participações Ltda noticiou a interposição de Agravo de Instrumento às fls. 4888/4896, distribuído sob nº 0035063-47.2012.4.03.0000.

Instadas as partes a manifestarem-se acerca das provas que pretendem produzir, o Ministério Público Federal reiterou os termos da inicial, requerendo apenas a atualização dos

valores objeto da ação pela Contadoria do Juízo (fls. 4899/4900).

A corrê TV Globo Ltda requereu a oitiva de testemunhas e juntada de novos documentos à fl. 4909. Intimada a justificar a pertinência da prova requerida sob pena de indeferimento, a corrê ficou-se inerte, conforme certidão de fl. 4919.

A corrê ABBA Produção e Participações Ltda requereu o levantamento dos valores depositados em Juízo, mediante a possibilidade de substituição de bem imóvel (fls. 4930/4941).

Foi proferida decisão às fls. 5040 que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas requerido pela TV Globo Ltda, por não ter apontado a pertinência da prova requerida. O pedido de levantamento dos valores bloqueados pela ABBA foi indeferido. Por fim, foi determinado-se ao Ministério Público Federal que se manifestasse acerca do alegado pela corrê ABBA.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 5046/5047 pela não liberação das quantias bloqueadas.

Diante da alteração da competência da 15ª Vara Cível, os autos foram redistribuídos a este Juízo, nos termos do Provimento nº 424, de 3 de setembro de 2014, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO. DECIDO

Preliminarmente

Inicialmente, firmo a *competência da Justiça Federal e deste Juízo de São Paulo*.

O interesse federal na lide é evidente, tendo em vista a autoria pelo Ministério Público Federal, sem litisconsórcio ativo algum, sendo a União ré, dado deter competência para legislar sobre o sistema de consórcios e sorteios, art. 22, XX, da Constituição, bem como para regulamentar e fiscalizar sua realização nos limites legais, arts. 4º, § 1º, e 19 da Lei nº 5.768/71, conforme competência atribuída à época dos fatos ao Ministério da Justiça pela Medida Provisória nº 1.302/96, com sucessivas reedições até a conversão na Lei nº 9.649/98.

Ademais, no caso em tela *atribui-se à União responsabilidade direta pelos danos e ilegalidades apontados na inicial*, tendo em vista a edição de Portarias que se alega ilegais e omissão no exercício do poder de fiscalização, o que atrai sua legitimidade passiva para o feito.

Quanto ao foro, reconheço a competência deste Juízo, pois se trata de dano a alcançar todos telespectadores do país, sendo, portanto, *nacional*, o que permite ao autor a eleição do foro de *qualquer capital de Estado*, nos termos do art. 93, II, do CDC, ressaltando-se que alguns dos réus têm domicílio nesta Capital.

A inicial é apta, o pedido e a causa de pedir são coerentes e claros o suficiente à compreensão da controvérsia e ao exercício do contraditório e ampla defesa, o que efetivamente se deu no caso.

As alegações de litisconsórcio passivo necessário foram todas refutadas, conforme decisões de fls. 3287/3288 e fls. 3314/3315, a que remeto pedindo vênias para não transcrever.

A legitimidade ativa do Ministério Público Federal foi firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial nestes autos, cuja ementa transcrevo:

EMEN: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACÓRDÃO COM FUN-

DAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL. RECORRENTE QUE DEIXOU DE INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 126 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 129, III, E 127 DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, VII, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93, 83 DO CDC, E 3º E 267, IV E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. (...)

3. A autorização de sorteios apenas é permitida se houver percentual destinado a entidades filantrópicas. Com isso, a investigação de irregularidades em sorteios deixa de ser apenas no plano individual dos consumidores e passa a abranger interesse transindividuais. A partir do momento em que entidades filantrópicas são prejudicadas, deixam elas de trazer os benefícios dos seus serviços, o que causa danos à sociedade. 4. No caso dos autos, os sorteios, pelo sistema de ligação 0900, abrange número ilimitado de consumidores em todo o território nacional e, por isso tem uma repercussão e relevância social acentuadas, pelo que é imperioso reconhecer a legitimidade do Ministério Público - órgão criado para a defesa da ordem e patrimônio públicos. Recurso especial da União não-conhecido e recurso especial da Tecplan Teleinformática S/C Ltda. conhecido em parte e improvido. ..EMEN: (RESP 200901059174, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/10/2009 ..DTPB:.)

Pela mesma razão a *via eleita é adequada*, pois de um lado a invocada apropriação por agentes empresariais de recursos que deveriam ser destinados *ao interesse público*, por meio de entidades filantrópicas, alcança *toda a sociedade*, configurando *interesse difuso*, de natureza indivisível e titulares indeterminados ligados pela circunstância de fato de serem privados das potenciais *ações sociais* típicas destas entidades, incidindo o art. 81, I, do CDC e o art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, de outro alega-se também lesão *ao consumidor aderente a sorteios que se alega ilegais*, quanto aos quais embora os direitos defendidos sejam individuais, têm por fundo a *proteção ao consumidor, de relevante interesse social*, em face de adesão a prática ilícita e onerosa por via de publicidade enganosa de *um número amplo e dispense de interessados*, com vínculo de origem comum na participação dos sorteios discutidos oferecidos em canais de televisão aberta e acessados por telefone em todo o Brasil, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do CDC, passível de proteção por meio de ações coletivas, ainda que não fosse atinente a direito do consumidor, como se depreende do art. 21 da Lei nº 7.347/85.

Tampouco há que se falar em ataque à norma em tese, pois o que se pretende, a rigor, é a sustação das práticas das rés no tocante à *realização efetiva de sorteios televisivos pelo telefone*, a pretexto de observância das Portarias ns. 413/97 e 1.285/97, sendo a impugnação a tais normas mera causa de pedir.

O *interesse processual está presente*, há resistência à pretensão manifestada na inicial por todas as rés.

A alegada inexistência de lesão ou ilegalidade se confunde com o mérito, a ser oportunamente apreciada.

Quanto à *suposta perda de objeto* em razão da revogação da Portaria nº 413/97 pela Portaria nº 1.285/97, *não se configura*, quer porque a inicial se insurge em face de ambas as normas, quer porque *questiona fatos e alega danos havidos na vigência da primeira*, que não são superados tão só por sua revogação, já que, como já dito, não se trata de ação de controle de legalidade abstrato.

Por fim, quanto à *abrangência desta lide*, entendo que no conflito de leis entre o art. 16 da Lei nº 7.347/85 e os arts. 93 e 103 do CDC deve prevalecer a segunda, posterior e especial,

além de prestigiar os princípios da máxima efetividade da jurisdição coletiva, art. 5º, XXXV, da Constituição, razoabilidade, celeridade, segurança jurídica e isonomia.

Nessa esteira, *sendo o dano de alcance nacional, assim deve ser a abrangência do objeto da lide e, conseqüentemente de sua eficácia*, sob pena de mitigação marcante da efetividade deste tipo de provimento jurisdicional, levando-se à necessidade de uma infinidade de ações de igual teor; de insegurança jurídica e desigualdade, dado o risco de decisões conflitantes; de frustração à celeridade, ora alçada como princípio constitucional, art. 5º, LXXVIII, em decorrência do risco de inúmeras ações de mesmo teor espalhadas pelo país.

Com efeito, a mim me parece que não há razoabilidade em se admitir o ataque de uma questão jurídica difusa por uma única ação, exatamente a fim de se alcançar a realização dos princípios acima enunciados, para de outro lado restringir este ataque territorialmente a limites mais restritos que o do problema social enfrentado, o que leva, quanto muito, a uma tutela jurisdicional incompleta.

Por fim, *não há que se falar em ilegitimidade passiva de qualquer das rés*.

A participação de todas elas nas relações jurídicas discutidas na inicial é clara: as rés TVI, TECPLAN, ABBA, COCONUT, MH TELECOM e TELESISAN como operadoras e administradoras dos sorteios; Manchete, Globo, Record, SBT, Fundação Cásper Líbero e OM (CNT) como emissoras de televisão veiculadoras da publicidade dos sorteios; a União, como Ente Público responsável pela regulamentação e fiscalização da atividade, que teria editado norma ilegal e deixado de exercer adequada fiscalização. Se são responsáveis pelos ilícitos e danos alegados, é questão de mérito a ser examinada adiante.

Embora a ré MH sustente ser mera prestadoras de serviços técnicos de apoio em telecomunicações, do contrato de fls. 535/547 se extrai que atua da mesma forma que as demais operadoras, obrigando-se *a promover a distribuição e obtenção dos prêmios e a operação e administração dos sorteios, portanto, como as demais, tendo o papel de maior relevo no negócio*.

O fato de se discutir atos normativos em que as rés pessoas privadas teriam se pautado para a prática de seus atos não altera esta conclusão, pois, como já destacado, o que se discute são *a licitude e as conseqüências dos sorteios televisivos nos moldes realizados e a realizar pelas rés, não os atos normativos em abstrato, isto é, não se imputa a elas a ilegalidade das Portarias, mas sim de suas condutas concretas em face destas e da lei*. Sua responsabilidade em face de tais normas e o cumprimento ou não delas é questão de mérito, não atinente à legitimidade.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Mérito

No mérito, a despeito de outras questões relevantes aventadas pelo autor, a serem abordadas posteriormente, a celeuma fundamental da lide é, a rigor, *a legalidade ou não da participação das rés pessoas privadas nos resultados dos sorteios televisivos via telefone "0900", na forma apurada no ICP e admitida pelas Portarias do Ministério da Justiça ns. 413/97 e 1.285/97*.

O dispositivo legal incidente é o art. 4º da Lei nº 5.768/71, notadamente seu *caput* e § 3º:

Art. 4º Nenhuma pessoa física ou jurídica poderá distribuir ou prometer distribuir prêmios

mediante sorteios, vale-brinde, concursos ou operações assemelhadas, fora dos casos e condições previstos nesta lei, *exceto quando tais operações tiverem origem em sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública em virtude de lei e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com fim de obter recursos adicionais necessários à manutenção ou custeio de obra social a que se dedicam.* (Redação da pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 1º *Compete ao Ministério da Fazenda promover a regulamentação, a fiscalização e controle,* das autorizações dadas em caráter excepcional nos termos deste artigo, que ficarão basicamente sujeitas às seguintes exigências: (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

a) comprovação de que a requerente satisfaz as condições especificadas nesta lei, no que couber, inclusive quanto à perfeita regularidade de sua situação como pessoa jurídica de direito civil; (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

b) *indicação precisa da destinação dos recursos a obter através da mencionada autorização;* (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

c) *prova de que a propriedade dos bens a sortear se tenha originado de doação de terceiros, devidamente formalizada;* (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

d) *realização de um único sorteio por ano,* exclusivamente com base nos resultados das extrações da Loteria Federal somente admitida uma única transferência de data, por autorização do Ministério da Fazenda e por motivo de força maior. (Incluída pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 2º Sempre que for comprovado o desvirtuamento da aplicação dos recursos oriundos dos sorteios excepcionalmente autorizados neste artigo, bem como o descumprimento das normas baixadas para sua execução, será cassada a declaração de utilidade pública da infratora, sem prejuízo das penalidades do art. 13 desta lei. (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

§ 3º Será também considerada desvirtuamento da aplicação dos recursos obtidos pela forma excepcional prevista neste artigo *a interveniência de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, que de qualquer forma venham a participar dos resultados da promoção.* (Incluído pela Lei nº 5.864, de 12.12.72)

Aduzem todas as rés, com alguma variação de argumentação, que referidos dispositivos devem ser interpretados no contexto histórico atual, no sentido de viabilizar os sorteios televisivos com participação via telefone, tomando-se o conceito de resultados como “resultados líquidos”, a permitir a partilha dos resultados brutos com agentes do mercado envolvidos na promoção, organização e divulgação dos sorteios, destinando com exclusividade às entidades filantrópicas apenas o valor remanescente, circunstâncias sem as quais estes não seriam possíveis.

É correto que a interpretação das normas em tela deve observar o contexto atual, mas este em subsunção ao arcabouço normativo relativo à matéria, *análise sistemática*, e a *finalidade da própria lei* nesse contexto, o invocado pela União “espírito da lei”, *análise teleológica*.

Logo, tratando-se de *sorteios onerosos a seus participantes*, é necessário apurar o tratamento jurídico geral e social desta prática no ordenamento brasileiro.

Com efeito, na Constituição de 1988 os concursos e sorteios são uma atividade permitida, mas *na forma da lei*, de competência privativa da União, art. 22, XX, cujas *receitas podem ser tributadas em favor da seguridade social*, art. 195, III.

De uma forma geral os *jogos de azar e as loterias*, no que se inserem quaisquer práticas onerosas cujo *ganho dependa exclusiva ou principalmente de sorte*, no que se inserem, portanto, os sorteios, são social e juridicamente reprováveis, considerados *contrários à ordem pública, notadamente aos bons costumes*, ao menos desde 1941, como se extrai dos *tipos contravencionais* dos arts. 50 da Lei nº 3.688/41 e 45 do Decreto-lei nº 6.259/44, ainda em vigor.

Quanto à loteria, o último decreto-lei prevê que é de exploração e concessão privativa da União e dos Estados, art. 4º, dispondo seu art. 40 que “constitui jogo de azar passível de repressão penal, a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal.”

O art. 41 tece rol de loterias permitidas, sendo que nenhum deles implica mera premiação com bem em troca de pagamento pela participação *sem uma causa econômica subjacente*.

No Código Civil de 1916, ainda vigente à época dos fatos, a reprovabilidade da prática de jogos se extrai dos arts. 1.477 e 1478, que determinam *não serem juridicamente exigíveis a dívida de jogo ou o que se emprestou com tal finalidade*.

Quanto aos sorteios a matéria é disciplinada pela Lei nº 5.768/71, de cujo contexto geral se extrai, em suma, que se franqueia à iniciativa privada a realização de concursos de prognósticos *gratuitos*. Os onerosos são admitidos *apenas para o financiamento de instituições filantrópicas e para custeio da obra social a que se dedicam*, em qualquer caso *atendidas diversas restrições*.

A par de posições ideológicas ou religiosas, nota-se que o ordenamento reprime práticas tais de um modo geral, sendo elas tidas como moralmente reprováveis, porque fato é que são atividades que, de um lado, conferem a seus promotores ganho fácil, sem causa econômica, sem qualquer agregação ou incremento econômico, social ou cultural além da estrutura montada para sua realização, de outro, para o jogador são no mais das vezes gastos de recursos em troca rigorosamente de nada, propiciam o vício e podem prejudicar a subsistência da pessoa e/ou família do jogador.

Na lição de Rui Barbosa que extraio do voto condutor no acórdão proferido no APEL-REEX 00156730820044036100, Relator Des. Fed. Johanson Di Salvo, TRF3 – 6ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 de 21/03/2014:

“O que menos se perde é o dinheiro; no jogo, o homem vai perdendo aos poucos a energia, a fé, o juízo, a nobreza, a honra, a temperança e a caridade”
(...)

Permanente como as grandes endemias que devastam a humanidade, universal como o vício, furtivo como o crime, solapado no seu contágio como as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, êle zomba da decência, das leis e da polícia, abarca no domínio das suas emanções a sociedade inteira, nivela sob a sua deprimente igualdade todas as classes, mergulha na sua promiscuidade indiferente até os mais baixos volutabros do lixo social, alcança no requinte das suas seduções as alturas mais aristocráticas da inteligência, da riqueza, da autoridade: inutiliza gênios; degrada príncipes; emudece oradores; atira à luta política almas azedas pelo calástismo habitual das paradas infelizes, à família corações degenerados pelo contacto cotidiano de todas as impurezas, à concorrência do trabalho diurno os naufragos das noites tempestuosas do azar; e não raro a violência das indignações furiosas, que vêm estuar no recinto dos parlamentos, é apenas a ressaca das agitações e dos destroços das longas madrugadas do cassino.

Tendo isso em conta, extraio que *o jogo e a loteria em geral são reprimidos pela lei*, pois podem levar à prejuízos socioeconômicos sem nenhuma contraprestação social, *admitindo-se sua execução apenas nos casos em que seus recursos são destinados à promoção do interesse público, para o Estado ou instituições filantrópicas, hipótese em que lhes é conferida finalidade social*, com severas restrições, regulamentação e fiscalização, *não havendo uma única hipótese em que sejam admitidos ganhos extraordinários voltados ao interesse privado*

de puro enriquecimento.

Tendo isso em conta, bem como que a Lei nº 5.768/71 coloca a instituição filantrópica como organizadora dos sorteios, os limita a um único sorteio por ano e exige que o prêmio seja doado formalmente por terceiros, eximindo a instituição de despesas até mesmo com isso, tenho que *a finalidade da lei, “seu espírito”, sempre foi o de restringir os eventos às forças e capacidades da instituição, mantendo-os em pequena frequência e escala, com a efetiva intenção de restringir ao mínimo possível tanto o acesso dos jogadores quanto a participação de terceiros em sua realização.*

Logo, a interpretação que melhor alcança os desígnios da lei *é a restritiva, que toma o conceito de “resultados da promoção” sem ressalvas, no sentido de que todo o seu produto, bruto, deve ser destinado à entidade, que deve custear previamente sua realização com suas próprias forças, outras rendas, tais como a doação do prêmio.*

A alegação da União de que o art. 2º do Decreto nº 70.951/72 franquearia sorteios onerosos ao mercado, que, aliás, é reprodução em parte do art. 1º, § 1º, da lei de regência, é falacioso, pois o dispositivo se refere “à distribuição *gratuita* de prêmios, a título de propaganda.”

Tendo isso por premissa, é evidente que esta finalidade não é atendida quando se realizam sorteios em escala nacional, oferecidos na TV todos os dias e nos mais diversos horários e canais, movimentando uma soma incrível de recursos dos quais uma ínfima parte se destina ao interesse público.

Ainda que se adote uma interpretação mais ampla, entendendo que possam ser deduzidos dos resultados *os custos com o sorteio*, esta só seria razoável e conforme o sistema jurídico *se tais despesas se resumissem realmente aos custos necessários*, sem a participação de fato ou de direito de quaisquer agentes privados no produto do evento, sendo ele rentável eminentemente para a instituição social, mas não é o que ocorre no caso.

É contrário ao bom senso entender que um evento que arrecada à instituição cerca de 5%, como foi feito sob a égide da primeira Portaria, ou 15%, como foi fixado na segunda, *sem nenhuma participação efetiva desta*, é por ela organizado e em seu benefício; é contrário ao bom senso entender que um sorteio do qual *85% dos recursos ficam com a iniciativa privada* é voltado à promoção do interesse público, o que torna evidente sua incompatibilidade com a lei, por qualquer ângulo que se analise a questão.

Prima facie já se extrai que, qualquer que seja o entendimento jurídico adotado, *a lei não tolera atravessadores*, como diz a própria União.

Com efeito, se os sorteios são aceitos com o fim de prover fundos de interesse público, se os prêmios devem ser doados e os sorteios limitados a um por ano, tampouco admite que se estabeleça o sorteio como *atividade econômica*, é a ela flagrantemente contrária a existência de qualquer empresa *que se mantenha com sorteios*, de qualquer *atividade privada com o fim específico de lucrar com eles*.

O art. 4º, *caput*, da lei em tela é expresso ao determinar que os sorteios devem ser *organizados pelas instituições*, portanto não cabe uma empresa que preste um serviço com o fim específico de realizar tal organização em seu lugar, fazendo-o em troca de parte, no caso maior que a da instituição, do produto do evento.

Dessa forma, como se extrai dos contratos estabelecidos entre as organizadoras e as instituições e do apurado no inquérito civil público - não contrariado minimamente por qualquer espécie de prova, já que as rés, não obstante as oportunidades, não produziram nenhuma, sequer um documento, menos um contrato -, *a atividade desenvolvida pelas organizadoras*

é em si ilícita, pois desenvolvida e voltada especificamente para a distribuição de prêmios, organização e administração de sorteios televisivos via telefone, isto é, tais contratos têm por objeto rigorosamente a atividade de atravessadores, que a própria União em contestação reconhece ser ilícita.

Em suma, qualquer que seja a interpretação que se dê ao § 3º do art. 4º, a atividade das rés TVI, TECPLAN, ABBA, COCONUT, MH TELECOM e TELESISAN é em si ilegal, pois, pouco importando o nome jurídico que seja dado, *de fato nada mais é que a de exploração de sorteios televisivos*, tanto que a ré ABBA assume à fl. 4931 que assim se mantinha, “levada à bancarrota e à paralisação de suas atividades” meramente pela interrupção de tais sorteios, que, porém, nos termos da lei se prestam exclusivamente ao sustento de instituições filantrópicas.

Quanto às *emissoras*, sua atividade no caso é a de *disponibilizar tempo de televisão e realizar publicidade*, objeto não voltado especificamente aos sorteios, portanto seria possível, em tese, considerar regular a dedução das *despesas com tal serviço* do produto dos sorteios, se adotada interpretação mais generosa.

Isso, *desde que a cobrança fosse feita nos mesmos termos que em qualquer outro contrato de publicidade.*

Todavia, conforme os exemplos colhidos no inquérito civil público, e não desmentidos em momento algum por tais rés, que não trouxeram aos autos um único contrato, eram por elas cobrados *percentuais do resultado, sem qualquer limite de valor, em contratos moldados para esta espécie de promoção, o que configura participação neles, portanto atividade diretamente contrária à lei.*

Como exemplo cito o contrato de fls. 149/151 celebrado entre TCPLAN, TVI e Globo, em que se estipula que *a emissora ficaria com 61% do valor recebido da Embratel pelas ligações telefônicas.*

De fato, o que pactuaram as emissoras foi contrato de publicidade e tempo de TV, *com participação nos resultados.*

Ora, indago o que mais se considera participar, se não retirar percentuais sem nenhum limite, e em que contexto econômico a entrega de um percentual do resultado, qualquer que seja esse resultado, é custear despesas.

Nessa esteira, *qualquer que seja a interpretação jurídica que se dê ao § 3º do art. 4º*, quanto muito seriam admissíveis descontos de despesas efetivas, jamais a retirada de percentuais sem limite de valor, tampouco a contratação de empresa voltada especificamente à exploração de sorteios, qualquer que fosse a forma de cobrança, sendo que no caso esta era ou por *percentuais previamente pactuados ou de forma obscura, sem nenhuma especificação de valores nos contratos, mas ao final a entrega de montante proporcionalmente ínfimo à instituição*, o que ocorreu na maioria dos casos constantes do ICP.

Claro está que, na forma como se estruturou, o que deveria ser um evento com o *fim exclusivo* de angariar recursos às instituições filantrópicas se converteu em *atividade econômica*, um verdadeiro negócio para as empresas organizadoras, ao qual passaram a aderir as emissoras de televisão, a partir de uma forma de *fraude à lei*, com aliciamento das entidades sociais para *mero emprego de seu nome*, a “abertura de uma porta” à loteria e ao jogo no interesse do lucro exorbitante, que *o ordenamento não tolera em nenhuma hipótese*, em troca de menos, sob a primeira Portaria, e pouco mais, sob a segunda, que *uma gorjeta*. E isso *com a conivência da União.*

Dos cálculos apurados no ICP, tampouco confrontados pelas rés, em um único semestre foram arrecadados com a prática por apenas três das rés *mais de 83 milhões de reais*, destes

entregues às entidades apenas pouco mais de 2,5 milhões de reais, quando a lei é expressa no sentido de que a finalidade é prover *única e exclusivamente* a “manutenção ou custeio de obra social”.

Quanto às Portarias, embora sejam atos normativos praticados pelo agente competente, não podem inovar no ordenamento, não têm o condão de alterar disposições legais, sendo que no caso em tela ambas as portarias *não só criam disposições inovadoras como vão de encontro ao texto expresso da lei e à sua finalidade, a primeira ao permitir genericamente a existência de empresa operadora e administradora de sorteio, a segunda ao institucionalizar a participação de terceiros nos resultados ao fixar percentual ínfimo destinado obrigatoriamente à instituição.*

Dessa forma, pouco importa às empresas invocar tais normas, pois flagrantemente ilegais, não conferindo amparo jurídico algum.

Se essa é a única forma economicamente viável de se proceder quanto aos jogos e sorteios televisivos, a mim me parece claro que, *ao fim e ao cabo, a lei veda sorteios sob esta forma*, certo que em nenhuma lei está prescrito que “sorteios televisivos por telefone” sejam admitidos.

Não fosse isso, sequer as Portarias foram cumpridas plenamente por elas.

A fim de desvirtuar a finalidade jurídica dos sorteios e convertê-los efetivamente em atividade econômica, *em contrariedade tanto à lei quanto às Portarias*: as rés adquiriam os prêmios deduzindo seu valor do resultado do sorteio, às vezes com superfaturamento, *quando eles deveriam ser doados*; eram realizados concursos múltiplos, em dias diversos, quando tanto a Lei quanto as Portarias eram claras no sentido de permitir *um único sorteio por ano*.

Tudo isso, além de uma série de outras irregularidades mais específicas e casuísticas citadas na inicial, como a premiação em barras de ouro, quando a lei veda conversão em dinheiro, enquanto tais bens só tem utilidade com esse fim; atribuição de prêmios diversos dos homologados e até mesmo dos oferecidos em publicidade; certificados com numeração em duplicidade etc., era *tolerado pela União*, que, além de editar as *Portarias ilegais* com o fim de respaldar tais práticas, autorizava os eventos, não obstante o *descumprimento evidente* até mesmo das Portarias, bem como *se omitindo na efetiva fiscalização financeira e contratual*, como apurado no ICP e não infirmado por qualquer prova produzida pela União ou as demais rés.

Isso se nota de plano numa análise do parecer do Ministério da Justiça de fls. 1475/1510, em que fica claro que sob a égide da Portaria nº 413/97 *foram homologados contratos evidentemente abusivos e contrários à lei*, notadamente quanto à obscuridade no tocante aos valores a serem repassados às filantrópicas, aos múltiplos sorteios, à dedução do bem a sortear como aquisição e a completa ausência de cuidados quanto à publicidade dos sorteios a menores.

Após impugnações por ação popular e inquérito pelo Ministério Público Federal, a *União, por meio do referido órgão competente, não tomou qualquer medida corretiva ou punitiva em face das irregularidades arroladas na inicial*, limitou-se a aditar a Portaria nº 1.285/97, com tímidos avanços ao estabelecer regras que já eram depreendidas da lei e até da Portaria anterior, além de *conformar a nova norma ao ilícito, ao invés de reprimi-lo, ao institucionalizar o ínfimo percentual de repasse dos valores às filantrópicas e postergar as adaptações para 01/03/98*, como se todos os pontos levantados não fossem ilegais desde a Portaria anterior, dando assim carta branca aos operadores e emissoras por mais alguns meses.

Com efeito, a única penalidade aplicada que noticia a União foi a aplicação de uma multa de 100% do valor dos prêmios em razão do aumento do custo das ligações de R\$ 3,00 para 3,95, descumprindo o plano autorizado. Trata-se de medida que a pretexto de indicar ação

diligente do órgão fiscalizador evidencia sua leniência, pois é simples verificar que a infração em tela acresceu os rendimentos em mais 1/3, quando o valor dos bens a sortear, segundo o apurado no ICP e não contestado especificamente, não superava 10%, vale dizer, é notório que a multa não se prestou a desestimular esta infração, que ainda assim continuou lucrativa.

Posto isso, por qualquer ângulo que se analise a questão está configurada a ilegalidade praticada por todas as rés, com lesão direta às filantrópicas e derivada aos consumidores, expostos a sorteio ou jogo ilegal sob a aparência de legalidade.

Responsabilidade

A *responsabilidade da União*, tratando-se de responsabilidade do Estado, aplica-se o art. 37, § 6º, da Constituição, respondendo o Ente Público objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independentemente de culpa ou dolo, desde que presentes ato, dano e liame causal entre eles e ausentes as excludentes de responsabilidade administrativa, quais sejam, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro.

O ato deve ser ilícito ou lícito mas em descompasso com o princípio da isonomia, não havendo responsabilidade em decorrência de prejuízos causados em decorrência do regular exercício dos poderes e prerrogativas públicas em favor do interesse público.

A *responsabilidade das emissoras de televisão e das operadoras dos sorteios* é regida pelo CDC, caracteriza da *prestação de serviço a consumidor final* tanto em relação ao telespectador, alvo da oferta ou efetivo participante dos sorteios onerosos, quanto em relação às *entidades filantrópicas*, já que não desempenham atividade econômica nem visam lucro e, embora constem da legislação como responsáveis pelos eventos, na prática foram alvo de aliciamento por parte das operadoras, meras aderentes em contratos de adesão extremamente genéricos, daí em diante em nada mais intervindo, como apurado no ICP e em nada infirmado pelas rés, enquadrando-se, portanto, na hipótese dos arts. 2º e 3º do CDC.

Assim sendo, a responsabilização independe de culpa, bastando a prova de prestação de serviço defeituoso, dano e nexos causal, admitindo-se como excludentes apenas aquelas arroladas no art. 14, § 3º do CDC, quais sejam, inexistência de defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Por defeito tem-se que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes”, na forma do §2º do mesmo artigo.

Ademais, nos termos do art. 20 “o fornecedor de serviços responde pelos *vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo* ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da *disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária*”, esclarecendo seu § 2º que “são impróprios os serviços que se mostrem *inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade*.”

É exatamente o que ocorre neste caso, em que foram os consumidores submetidos a sorteios ilegais sob a aparência de plena legalidade, configurando propaganda enganosa, nos termos do art. 37, § 1º, “é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”, e § 3º, “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão *quando*

deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Com efeito, tanto instituições como telespectadores foram iludidos quanto à lisura dos sorteios.

Os primeiros em razão dos *termos excessivamente obscuros e genéricos dos contratos quanto a valores e carência de adequada prestação de contas, ocultando-se destes a manobra jurídico-negocial para privá-los de recursos que pela Lei nº 5.768/71 lhes seriam de direito, se não integralmente, ao menos em parcela amplamente majoritária, a pretexto de despesas gerais com o serviço*, configurando prática abusiva, nos termos do art. 51, IV, do CDC, por estabelecer assim “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, e 39, V, do CDC, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

Como exaustivamente exposto no tópico anterior, é notória e irrazoável a desproporção dos valores destinados às instituições filantrópicas em relação àqueles mantidos pelas operadoras e emissoras, em valores percentuais de creca de 95% sob a primeira Portaria e 85% na segunda, sem limite nominal, quando a lei é clara no sentido de que sorteios onerosos só são admitidos se seus recursos forem voltados ao interesse público, não ao proveito financeiro privado.

Apenas para argumentar, se por razões ignoradas tais montantes exigidos pelas operadoras e emissoras são efetivamente necessários à cobertura de despesas suas e um lucro moderado, não fizeram elas o menor esforço para assim comprovar, nada trazendo aos autos, sequer sendo alegado especificamente, nesse sentido.

Os telespectadores, *pela exposição à loteria ou jogo ilegal sob a aparência de plena legalidade*, com todos os seus efeitos deletérios potenciais e, conforme o caso, efetivos, sem a necessária contrapartida social.

Pouco importa aqui que participaram dos concursos livremente, que não houve reclamações quanto à lisura interna dos certames, *se os telespectadores aderiram a prática onerosa e ilícita estar cientes da ilegalidade*.

Tal prática é considerada social e moralmente reprovável, se sem a destinação ao interesse pública que lhe conferiria legitimidade, sendo os telespectadores iludidos pela *aparência de legalidade*, reforçada pela exposição em diversos canais de TV aberta, nos mais diversos horários e convidados por apresentadores, atores e modelos simpáticos e, aparentemente, confiáveis.

Nisso está a agravante da situação, o telespectador aderiu sem ter a menor idéia dos desvios praticados com seus recursos, *pela lei voltados à filantropia, não ao ganho extraordinário*.

Outra agravante é o *alcance da publicidade a pessoas de todas as idades indistintamente, a menores de qualquer idade*, pois as mensagens publicitárias eram difundidas em qualquer programa e horário, inclusive os próprios para toda a família e jogos de futebol, podendo tais crianças acessar os sorteios *bastando uma ligação de segundos de duração*, propiciando a facilíssima participação de menores em tais concurso, o que ofende não somente o CDC, mas o ECA, art. 81, VI, que veda a venda de “bilhetes lotéricos e equivalentes” a estas pessoas, *ainda que se tratasse de loteria legal*.

O fato de a Portaria mais recente trazer obrigatoriedade de advertência quanto à vedação à participação de menores e a existência de possibilidade de bloqueio do uso do prefixo 0900 no telefone não afasta esta conclusão.

A advertência veio apenas com a segunda Portaria, *já tendo se consumado o dano*, mormente tendo em conta que esta *admitiu a perpetuação das irregularidades até março de 1998*, além do fato de ser medida de baixa eficiência em relação à finalidade, tendo em vista que há

crianças que conhecem números e sabem telefonar mas não sabem ler e não podem ser tidos como negligentes pais que permitam a seus filhos assistir TV, programas e horários próprios à idade, e ter acesso a aparelho telefônico, ainda que desacompanhados por alguns momentos, mormente tendo em conta que a participação depende meramente de uma ligação de poucos segundos de duração, que os pais só saberão ter sido realizada com a vinda da conta telefônica.

Da mesma forma a possibilidade de bloqueio do prefixo 0900 nos telefones de pouco vale, já que nada difundida ou conhecida do público em geral.

Ora, trata-se de propaganda em massa, em diversos horários e variados canais, por vezes apresentada por pessoas famosas, podendo ser sedutora a menores, de forma que os cuidados deveriam ser maiores que uma mera advertência a pretexto de exoneração de responsabilidade, mas sim, como *conteúdo efetivamente impróprio para menores*, a par de todas as outras ilegalidades, deveria ter sido reservado para programas e horários condizentes com tal impropriedade.

Quanto ao *nexo causal*, tais lesões são imputáveis a *todos os réus, os operadores* pelo desenvolvimento de atividade ilícita, exploração ilegal de loteria ou jogo em detrimento das instituições filantrópicas e dos telespectadores, participando efetivamente dos resultados dos sorteios; *as emissoras de TV*, porque como decidido no voto condutor em caso análogo, AC 00028561919984036100, Relatora Des. Fed. Cecília Marcondes, TRF3, 3ª Turma, DJU 10/10/2007, “o sorteio somente se completa e dá condições das pessoas que assim o desejarem participar do certame com a publicidade”, além de neste caso elas próprias participarem do produto dos sorteios, praticando diretamente a ilegalidade; *a União*, pela já analisada atuação leniente e negligente, tanto normativa quanto no exercício do poder de polícia, ao endossar as práticas abusivas analisadas, não obstante seu notório descompasso com a finalidade e os limites da Lei nº 5.768/71.

Acerca do *dano material*, requer o *parquet* a condenação à restituição do proveito do sorteio obtido pelas empresas às instituições filantrópicas.

A mim me parece que tal pleito efetivamente melhor atende ao interesse público envolvido, pois embora sejam nulos, por ilegalidade e abusividade, os contratos e consequentes sorteios discutidos, o princípio da *função social dos contratos* recomenda que a nulidade plena do pacto é *ultima ratio*, devendo, se possível, ser conformado à legalidade, mantendo-se sua função social.

Assim, ao invés da nulidade plena e restituição dos valores aos telespectadores, o que seria de difícil execução, tendo em vista sua dispersão e o pequeno valor a restituir a cada um, o que, na melhor das hipóteses, levaria ao pagamento global ao Fundo de Direitos do Consumidor, o *interesse público* é mais bem atendido com o pagamento dos valores *a seus titulares legais, as instituições filantrópicas*, de imediato aptas ao emprego de tais recursos de forma direta em seus fins, assim corrigindo a ilegalidade ao menos em seu ponto essencial, isto é, *restabelecendo a contrapartida social aos ônus de tais sorteios, em benefício difuso a toda coletividade*.

Posto isso, é caso de *condenação de todas as empresas réas à restituição dos valores que cada uma recebeu em função dos sorteios discutidos a cada entidade filantrópica participante*, a ser apurado em liquidação de sentença, com correção monetária desde cada percepção de valores pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como juros desde a citação, visto que responsabilidade pautada em contratos entre as operadoras e as instituições, sob o índice de 0,5% até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando passa a incidir exclusivamente a SELIC a títulos de juros e correção monetária, sem cumulação com

qualquer outro índice.

Quanto ao *dano moral coletivo*, trata-se de instituto polêmico na doutrina e na jurisprudência, mas de plano refuto as teses no sentido da impossibilidade de sua consideração, uma vez que introduzido expressamente no direito positivo nos artigos que tratam da reparação de danos em ações coletivas, art. 1º da Lei nº 7.347/85 e 6º, VI e VII do CDC.

Ocorre que sua configuração jurídica não deve ser tomada de forma equivalente ao dano moral individual, visto que a coletividade efetivamente não é dotada de direitos de personalidade e patrimônio imaterial nos mesmos moldes que seus indivíduos.

Ademais, não se confunde com a soma dos danos a eles causados individualmente, de forma que só faz sentido considerar esta espécie de dano como uma modalidade própria se transcender os danos individuais, materiais e morais, alcançando de forma relevante a Ordem Pública, mais especificamente a Ordem Jurídica, a Ordem Econômica e a Ordem Social, a pauta de valores que norteiam a sociedade.

Nesse sentido cito voto condutor na AC 0019071-31.2002.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, julgado em 09/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 de 17/10/2014, 6ª Turma:

Por conseguinte, o dano moral coletivo é a lesão *na esfera moral de uma comunidade*, ou seja, é a violação de um determinado *círculo de valores coletivos atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico*. A moral coletiva exprime o valor cultural de uma sociedade. A moral coletiva, quando lesada, afeta toda a sociedade.

A ocorrência de danos morais coletivos é matéria relativamente nova na jurisprudência. Todavia, *embora seja a coletividade desprovida desse conteúdo próprio da personalidade, não pode permanecer desamparada diante de atos que atentam aos princípios éticos da sociedade*.

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de ter havido violação antijurídica e injustificável de *um determinado círculo de valores coletivos de dada comunidade, ferindo-se, em última instância, a própria cultura, em seu aspecto imaterial*. Nesse sentir, a responsabilização por dano moral coletivo encontra sua justificativa na relevância social e no interesse público, associados à proteção e tutela de direitos metaindividuais. A possibilidade de condenação por danos morais coletivos constitui importante e eficaz instrumento para coibir as ações das grandes empresas fornecedoras ou prestadoras de serviços que afrontam os interesses dos consumidores, *seja com propaganda enganosa, seja com medidas que impliquem fraude ou lesão aos interesses transindividuais em razão da vulnerabilidade dos consumidores em massa*.

Nesse sentido, trago à colação decisão da Segunda Turma do C. STJ, nos termos do voto proferido pela Min. Eliana Calmon, no REsp nº 1.057.274:

“O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado *de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo*.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade *enquanto realidade massificada*, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. *Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.*”

(STJ, REsp nº 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j.

01/12/2009, DJe 26/02/2010)

Por conseguinte, *os princípios que regem os contratos em massa merecem interpretação mais ampla de molde a assegurar a aplicação dos princípios da confiança, boa-fé objetiva e lealdade, de forma coletiva. Caso o fornecedor lese a moral coletiva, deverá ser condenado a reparar o dano de molde a evitar que outros venham a querer lesar a moral coletiva, a qual é um fato jurídico e protegido pelo nosso Ordenamento Jurídico.*

Diante disso, seu não reconhecimento fático e jurídico ofende vários princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e assim *configura total desrespeito ao ser humano como fonte de todos os valores.*

Tal como se dá na seara de dano moral individual, aqui também não se há cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação.

Objetiva-se evitar determinadas condutas, *mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.*

Quanto à necessidade da apuração de um prejuízo efetivo para configuração de um dano moral indenizável, vislumbra-se que a ampla proteção dada aos direitos da coletividade traz em sua essência que *a conduta dirigida contra vítimas indeterminadas por si só denota lesão de maior gravidade, violadora do atributo da dignidade da pessoa humana.*

Mais do que punir o ofensor, a responsabilização por dano moral coletivo *tem por função conferir um caráter de exemplaridade para a sociedade, além da valorização do princípio da moralidade administrativa.*

Dessa forma, o dano moral coletivo tem lugar nas hipóteses em que exista *um ato ilícito que, tomado individualmente, tem pouca relevância para cada pessoa, porém, perante a coletividade assume proporções que afrontam o censo comum e levam à sua reparação aos olhos da sociedade.*

É o que ocorre neste caso, em que há *lesão grave à Ordem Jurídica e à moralidade*, pois os corréus atuaram em conjunto para mediante uma espécie de *fraude à lei* transformarem um instituto voltado a prover fundos para instituições filantrópicas uma vez ao ano em uma atividade econômica extremamente lucrativa, *em notório desvio de finalidade*, atribuindo às destinatárias legais dos recursos valores de até 5% num primeiro momento e de até 16% sob nova norma, tratando-as como *verdadeiras “laranjas”*, alheias ao real funcionamento, aos rendimentos e despesas dos eventos, *sob a aparência de legalidade* com base em atos normativos flagrantemente ilegais e atuação negligente do órgão competente.

Ofende-se a *Ordem Social*, privando instituições filantrópicas de vultosos recursos arrecadados formalmente em seu favor, que *poderiam ter sido empregados em um sem número de obras sociais*, portanto causando *dano difuso a toda a sociedade pela privação deste potencial.*

Com especial enfoque os direitos do consumidor e os bons costumes, na medida em que foram expostos *incontáveis telespectadores*, em todo o país, *de todas as idades*, inclusive crianças, em diversos canais e horários, num verdadeiro bombardeio midiático, *a jogo ou loteria ilegais*, induzidos pela ilusão de aparência de plena legalidade, *com todos os seus ônus sociais e econômicos, mas sem a devida contrapartida justificante ao interesse público*, seduzidos por propaganda intensa, em massa e invasiva, no conforto de seus lares, por meio de apresentadores, atores e modelos aparentando credibilidade, com participação ao alcance de um estender de braço e poucos segundos, para cobrança posterior, somente na conta de telefone do titular da linha, possivelmente terceiro não ciente do negócio, a aderir ao ganho fácil de poucas empresas em detrimento de seus recursos familiares, que deveriam estar sendo voltados a entidades sociais, *empresas estas instigando, sob a leniência do Estado, uma*

cultura de loteria muito além do apelo, alcance e frequência comportados pelos limites da Lei nº 5.768/71.

Nesse viés não houve relevante dano material a cada um, é certo, tampouco se verifica dano moral individual consciente, *mas a depreciação cultural e econômica causada pela loteria ou jogo, sem a consciência disso em seus participantes*, levados pela publicidade e sequer cientes da ilicitude, sem a devida contrapartida ao interesse público, evidencia o dano moral à Ordem Pública que transcende os interesses individuais envolvidos, justificando a reparação.

Nesse sentido cito precedente em caso de outra modalidade de jogo ilegal, o bingo, revelando a nova orientação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre a questão no enfoque do dano moral coletivo:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL EM FACE DE SENTENÇA EXARADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE OBJETIVA A INTERDIÇÃO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO, PROMOVIDO DE MODO PERMANENTE E COM INTUITO DE LUCRO, E A APREENSÃO DAS MÁQUINAS ELETRONICAMENTE PROGRAMADAS PARA O DESEMPENHO DESSA ATIVIDADE. ILCITUDE DEMONSTRADA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO (IMORALIDADE EVIDENTE DA PROMOÇÃO “COMERCIAL” DE JOGOS DE AZAR, QUE ULTRAJOU A COLETIVIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO). DESNECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. REMESSA OFICIAL E APELO PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

4. Ausente qualquer legitimação legal para as partes rés explorarem aparelhos de jogos de azar, ou bingos, é evidente que seus responsáveis promoveram a prática de contravenção penal capitulada há muitos anos nos artigos 50 e 51 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), ou o crime contra a economia popular do artigo 2º, IX da Lei nº 1.521/51. Não há que se falar em “adequação social” e nem em “insignificância” dessa atividade, posto que feita em caráter comercial gera lucros inescrupulosos, explorando-se a álea alheia, sorvendo-se recursos de trabalhadores e suas famílias. A repreensão se sintetiza na palavra de RUI BARBOSA: “O que menos se perde é o dinheiro; no jogo, o homem vai perdendo aos poucos a energia, a fé, o juízo, a nobreza, a honra, a temperança e a caridade”. 5. A prática de jogo de azar, que já existia na Suméria e na China, é tão antiga quando a oposição contra ele. Embora os imperadores Augusto e Cláudio apreciassem os jogos de dados, na Roma imperial era proibido jogar por dinheiro ou objetos de valor. Na Idade Média acentuou-se a oposição aos jogos em que a vitória não envolvia a “virtude” (a capacidade, a força física, a destreza pessoal) e sim a álea. Em 813 o Concílio de Mogúncia decidiu que a Igreja devia excomungar todo aquele que se dedicasse ao jogo de azar; em 1254, Luiz IX, 40º rei de França e posteriormente santificado, proibiu a fabricação de dados. Em 1319, Carlos IV, rei de França, proibiu o jogo de dados, o gamão, etc. A abjeção à prática dos jogos de azar é visível na passagem do Novo Testamento em que soldados romanos jogam dados para, mediante “sortes”, dividirem as vestes de Cristo. 6. Perfeitamente cabível a condenação das apeladas ao ressarcimento de dano moral coletivo diante do despudor daqueles que, à míngua de qualquer legitimação, promoveram a prática comercial de jogos de azar que contaminou os bons costumes e ultrajou a coletividade do Estado de São Paulo. As rés pagarão ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, solidariamente, o valor de R\$ 50.000,00, corrigido a partir desta data conforme os termos da Resolução nº 134/CJF e acrescido de juros de mora desde 1/1/2003, data em que através da conjugação dos dispositivos legais que regulavam a matéria pode-se concluir que não mais persistia o direito de exploração do jogo de azar.

(...)

(APELREEX 00156730820044036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Quanto à indenização, conforme o citado voto do Eminentíssimo Desembargador Federal Mairan Maia, no que toca ao dano moral coletivo suas finalidades precípuas são a *punitiva e pedagógica*, conferindo caráter de prevenção geral e especial, conferindo caráter de exemplo para a sociedade, reprimindo os agentes privados a reiterar na busca de indevidas expectativas de lucro ilícito às custas dos consumidores de boa-fé e reafirmando os valores ofendidos; quanto à União, reprimindo a reiteração na leniência com tais práticas abusivas e reafirmando a necessidade da busca do interesse público primário, da legalidade e da moralidade administrativa; as circunstâncias do dano são de plano mais graves tendo em vista a indeterminação da vítima, agravadas pela violação aos padrões mínimos de eticidade exigidos nas relações sociais e econômicas, bem como pelos valores obtidos com a prática em um único semestre levantados pelo Ministério Público Federal.

Posto isso, dados o dano e a culpabilidade na forma acima exposta, fixo a indenização pelo dano moral em *R\$ 200.000,00 para cada agente*, salvo quanto à *Cáspes Líbero* e a *OM*, que responderão solidariamente pelo seu montante, dada sua solidariedade na responsabilidade pela difusão da publicidade no canal CNT Gazeta, em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

A correção monetária conta-se desde a publicação desta sentença, inteligência da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos juros, este magistrado vinha entendendo que deveriam incidir a partir da publicação da sentença, tal como a correção monetária, pela mesma razão, dada a incompatibilidade da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça com esta espécie de indenização, cuja liquidação é impossível antes da sentença, momento anterior ao qual não se pode, portanto, imputar mora ao causador do dano.

Além disso, a jurisprudência superior é tranquila quanto à adoção da SELIC como índice que cumula juros e correção monetária civis em relações de direito privado após o Código Civil de 2002, mas ela é hoje menor que 1%, levando à incoerência da incidência de juros isolados maiores que os juros cumulados com correção monetária, situação inevitável caso se adote referida Súmula para o dano moral.

Não obstante, recentemente sua 2ª Seção pacificou a questão em sentido contrário, manifestando-se especificamente pela aplicação da referida Súmula mesmo ao dano moral na Rcl 3.893/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 01/06/2012, que passo a adotar, sob ressalva de meu entendimento pessoal, em atenção à isonomia e à segurança jurídica.

Tal marco é *a data do primeiro contrato nos moldes discutidos para cada agente privado*, a ser apurada em liquidação, e *para a União a data da edição da Portaria nº 413/97*, que objetivava conferir ares de legalidade e deu início à sua relação de tolerância para com às práticas abusivas discutidas.

Assim, *para as empresas* incidirão juros de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês, até a data de publicação desta sentença, quando passam a incidir juros e correção monetária cumuladamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil, *com exclusão de qualquer outro índice*.

Para a União, incidirão juros de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando devem ser observados aqueles relativos à poupança.

Após a publicação desta sentença passa a incidir, *além dos juros acima fixados*, a correção monetária, conforme o *IPCA*.

Isso porque após a edição da Lei nº 11.960/09 esta lei determina a incidência dos índices de correção da caderneta de poupança, mas *esta determinação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*, pelo que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o seguinte, em incidente de recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. AÇÃO DE COBRANÇA EM QUE SE BUSCA APENAS O PAGAMENTO DAS PARCELAS DE RETROATIVOS AINDA NÃO PAGAS. (...) VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado.

Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Ge-

ografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, *os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.*

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER PRIMORDIALMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS PELA FAZENDA PÚBLICA. JUROS. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPCA. (...)

2. A Primeira Seção decidiu, sob o rito do art. 543-C do CPC, que “os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período” (REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira seção, DJe 2/8/2013).

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se dá provimento, em parte, apenas para fixar o IPCA como índice de correção monetária.

(EDcl no AREsp 317.969/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 12/12/2013)

Assim, o índice a adotar após a edição da Lei nº 11.960/09 será o IPCA.

Dispositivo

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a lide, com resolução do mérito, art. 269, I, do CPC, para: (I) *obstar as rés privadas* de promoverem toda e qualquer atividade de sorteio televisivo nos moldes discutidos nestes autos, notadamente no que toca aos ditames das Portarias ns. 413/97 e 1.285/97, bem como *obstar a União* de conceder autorização para realização de sorteios com base nas referidas portarias, assim confirmando a antecipação dos efeitos da tutela; (II) *condenar as rés privadas, a título de dano material*, à restituição dos valores que cada uma recebeu em função dos sorteios discutidos a cada entidade filantrópica participante, a ser apurado em liquidação de sentença, com correção monetária desde cada percepção de valores pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como juros desde a citação, sob o índice de 0,5% até a entrada em vigor do atual Código Civil, quando passa a incidir exclusivamente a SELIC a títulos de juros e correção monetária, sem cumulação com qualquer outro índice; (III) *condenar as rés privadas, a título de dano moral coletivo*, no valor de R\$ 200.000,00 para cada uma, em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de

que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, com exceção de Cásper Líbero e OM, que responderão solidariamente pelo seu montante, dada sua solidariedade na responsabilidade pela difusão da publicidade no canal CNT Gazeta, com juros desde a data do primeiro contrato nos moldes discutidos para cada agente privado, a ser apurada em liquidação, à razão de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros de 1% ao mês, até a data de publicação desta sentença, quando passam a incidir juros e correção monetária cumuladamente pela SELIC, art. 406 do Código Civil, com exclusão de qualquer outro índice; (IV) condenar a União, a título de dano moral coletivo, no valor de R\$ 200.000,00, em favor do Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85, com juros desde a data da edição da Portaria nº 413/97, à razão de 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil atual, quando passam a incidir juros isolados de 1% ao mês até a entrada em vigor da Lei nº Lei nº 11.960/09, quando devem ser observados aqueles relativos à poupança. Após a publicação desta sentença passa a incidir, além dos juros acima fixados, a correção monetária, conforme o IPCA.

Custas na forma da lei pelas rés.

Sem honorários, por inteligência do art. 18 da Lei nº 7.347/85, aplicado bilateralmente por isonomia.

Sentença sujeita a reexame necessário no tocante à União.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal Substituto TIAGO BOLOGNA DIAS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0001059-72.2012.4.03.6308**

Autor: NOÉ APARECIDO FERREIRA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL ADJUNTO DE AVARÉ - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 20/10/2014

1 - *Relatório*: dispensado por força do artigo 38, *caput*, da Lei Federal 9.099/95 aplicável no JEF em razão do prescrito pelo art. 1º da Lei Federal 10.259/01.

2 - *Fundamentação*:

Trata-se de pedido de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez manejado por Noé Aparecido Ferreira.

O INSS contestou, discorrendo sobre os requisitos legais do benefício.

Foi realizada perícia médica.

O exame do caso concreto demanda atenção, revestindo-se a demanda de caráter *sui generis* e que apresenta alguma complexidade quanto a solução justa a ser adotada.

O autor tem boa vida contributiva, vinha trabalhando, mesmo com deformidade grave e notória no pé esquerdo. Ou seja, trata-se de pessoa dada ao trabalho mesmo sendo portadora de evidente *handicap*.

O perito concluiu pelo caráter permanente da incapacidade, mas o laudo é inconclusivo a respeito da extensão da mesma, pois pode ser considerada parcial ou total a depender do ângulo pelo qual é vista.

A patologia é congênita e por isso o INSS alega incapacidade preexistente.

Assim, tem-se uma pessoa que ostenta histórico contributivo bom (excelente quando vista sua condição), cuja deformidade remete ao começo de sua vida e que agora vê-se com dificuldade de reinserção no mercado de trabalho.

A concessão de aposentadoria por invalidez/auxílio-doença retiraria do mercado de trabalho alguém que vinha desempenhando labor e que ainda apresenta capacidade residual. Tal solução apresenta alguma dificuldade em relação a preexistência da incapacidade, exceto se entendida a situação como agravamento decorrente da idade.

A concessão de BPC/LOAS implicaria na necessidade de exame da condição socioeconômica e demandaria análise exauriente do grau de deficiência. Implicaria, ainda, na exclusão do autor do mercado de trabalho dada a incompatibilidade com a percepção de remuneração.

Já o pagamento de auxílio-acidente prestigiaria sua permanência no mercado de trabalho, sem desprezar a gravidade da sua situação existencial que diminui sua empregabilidade e dificulta seu labor, sendo compatível com a necessidade de atendimento do risco social da redução permanente da capacidade laborativa. Apesar de congênita, o passar do tempo revelou que o autor vinha efetivamente laborando, pronunciando-se efetivamente a necessidade de tutela previdenciária somente agora com o passar dos anos, quando a idade já interferiu na continuidade da vida profissional.

Ainda que não seja a solução ideal, parece-nos aquela adequada para que a desigualdade

da situação do autor não seja simplesmente ignorada e fique sem amparo, assim como prestigia a continuidade de sua atuação profissional dada da subsistência de capacidade laborativa. Afinal, a aplicação da legislação deve ser feita equitativamente, atentando-se ao caso concreto e às suas peculiaridades, atentando-se ao desiderato que leva a prever-se cada benefício para cada situação, prestigiando-se qual o risco social abarcado, para além de sua causa, prevalecendo a necessidade social concreta em detrimento do motivo ensejador do infortúnio.

A equidade comumente referida como retificadora da lei quando em sua generalidade parece abarcar o que não se revela na prática incorporável a seu âmbito de aplicação é a mesma que coloca sob a égide da norma aquilo que por sua estreiteza literal deveria estar subsumido a mesma e que pela literalidade não o estaria. E é por isso que a incapacidade parcial e permanente decorrente de deficiência congênita, apesar de não se mostrar abrangida pela previsão semântica de qualquer benefício, impõe que se reconheça a correspondente tutela previdenciária, mormente quando o portador da deficiência revela excelente vida contributiva a merecer valorização em momento da vida no qual as oportunidades revelam-se ainda mais desiguais.

O conceito clássico de equidade, tal como é comumente apresentada, geralmente remete à passagem célebre de *Ética a Nicômaco* na qual Aristóteles apresenta a equidade como a correção da lei quando sua universalidade leva a uma aplicação incorreta no caso concreto. Veja-se a conhecida lição do estagirita (*Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124 (V - 1.137b1 -10) e 125 (V - 1.137b1 -1.138a1):

Vamos discutir já a seguir a respeito da equidade e do equitativo, de que modo, por um lado, a equidade se relaciona com a justiça e como, por outro, o equitativo se relaciona com o justo. Quando examinamos os sentidos destas determinações percebemos não serem absolutamente iguais mas também não serem genericamente diferentes. Por vezes, louvamos a qualidade da equidade e do equitativo de tal sorte que empregamos o termos “equitativo” em vez do termo “bom”, a respeito de outras situações que louvamos, para fazer ver que o que é mais equitativo é melhor. Outras vezes, contudo, quando acompanhamos o sentido do termo, parece absurdo que a equidade seja louvável se é outra coisa que não a justiça. Porque se forem diferentes, ou a justiça não é uma coisa séria ou a equidade não é justa; se, por outro lado, ambas as qualidades são sérias, serão, então, o mesmo.

Quase toda a dificuldade acerca da equidade resulta destas considerações. Em todas elas há qualquer coisa de correto e nenhuma das opiniões que estão formadas acerca destas determinações se opõem completamente umas às outras. Isto é, a equidade, embora sendo superior a um (sic) certa forma de justiça, é, ainda assim, justa; não é, portanto, melhor do que a justiça, como que pertencendo a um outro gênero de fenômenos. A justiça e a equidade são, pois, o mesmo. E, embora ambas sejam qualidades sérias, a equidade é a mais poderosa. O que põe aqui o problema é o fato de a equidade ser justa, não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função retificadora da justiça legal.

O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplica-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro mas não deixando, contudo, por outro lado, de atuar menos corretamente. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas. Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito, isto é, que se retifique o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de um modo absoluto, terá errado.

É isso o que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação, retificando, assim, a lei, a partir das situações concretas que de cada vez se constituem. Daqui resulta que a equidade é justa, e até, em certo sentido, trata-se de uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que está completamente sujeita ao erro. A equidade não será, contudo, uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que é absoluta. A natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal. Por este motivo, nem tudo está submetido à legislação, porque é impossível legislar em algumas situações, a ponto de ser necessário recorrer a decretos. A regra do que é indefinido é também ela própria indefinida, tal como acontece com a régua de chumbo utilizada pelos construtores de Lesbos. Do mesmo modo que esta régua se altera consoante a forma da pedra e não permanece sempre a mesma, assim também o decreto terá de se adequar às mais diversas circunstâncias. Assim, é, pois, evidente que a equidade é justa e, de fato, até é superior a uma certa forma de justiça. Mais evidente ainda é, a partir daqui, quem é equitativo.

O que é deste gênero está decidido e atua, de acordo com um princípio equitativo que aplica nas mais variadas circunstâncias. Contudo, não será tão rigoroso na aplicação intransigente da lei que se torne obsessivo, mas, embora a tenha do seu lado, será suficientemente modesto ao ponto de ficar com uma parte menor do que lhe seria devido. Isto é, mantém-se equitativo. Esta disposição do caráter é, então, a equidade. Trata-se, pois, de uma certa forma de justiça e não constitui uma disposição diferente daquela.

A função desempenhada pela equidade a partir do trecho acima consistiria no uso da equidade como meio de superar o caráter abstrato e geral da legislação para que em um dado caso concreto sua aplicação não gerasse um resultado absurdo, descompassado com a finalidade, o telos, da norma. Seria possível dizer tranquilamente que a equidade neste caso não excepciona a previsão normativa, mas antes a confirma, haja vista que inclui em seu âmbito de incidência uma conduta que literalmente não poderia ser subsumida a mesma, mas que está abrangida pelo desiderato da norma, ou seja, encontra-se abrangida pela razão de ser do comando normativo. Algo formalmente insubsumível ao suporte fáctico da norma enseja a aplicação da respectiva consequência jurídica porque o não-enquadramento da conduta ao que consta literalmente na previsão legal discreparia a mais não poder do que se almeja com a instituição da norma. Não seria uma erosão da legalidade, mas sua confirmação, entendida a mesma como uma estrutura mais rica e complexa, mais adequada a relacionar-se dialeticamente com o tecido social. Há, ainda, uma relação entre a flexibilidade permitida pelo juízo equitativo com a manutenção da própria legislação, bastando ver que uma ordem muito rígida tende rapidamente a quebrar (veja-se os sistemas jurídicos autoritários em geral), mantendo-se quando muito pelo uso intenso da força, ao contrário do que é flexível que se adapta melhor e mesmo perante os ventos mais fortes apenas verga, mas mantém-se em pé (p. ex. Constituição dos EUA, sistema jurídico inglês etc.).

A atenção às peculiaridades do caso concreto por força da equidade aparece ainda em outro texto aristotélico, a saber, a Retórica (Retórica. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, p. 108 (I - 1.374b1):

[...] A partir da noção de equidade evidencia-se que tipo de ações e que tipo de pessoas são equitativas ou o inverso. Não se deve punir igualmente erros e ações injustas, e tampouco punir do mesmo modo erros e equívocos. Chama-se de equívoco o ato destituído de maldade que tem resultados inesperados; de erro, o ato que, ainda que destituído de perversidade, produz um resultado que poderia ser esperado; o ato injusto produz resultados esperados e procede da perversidade; de fato os atos provocados pela paixão envolvem a perversidade.

Ser equitativo é mostrar indulgência ante as fraquezas humanas; é também levar em conta menos a lei do que o legislador; não tanto as ações do acusado quanto as suas deliberações; não tanto este ou aquele detalhe parcial, mas o todo; indagar não o que o acusado é agora, mas a respeito do que sempre foi ou o que tem sido na maioria das situações. É também nos lembrarmos mais do bem do que do mal que nos foi feito; mais dos benefícios que recebemos do que dos que oferecemos; sermos pacientes quando atingidos pela injustiça; preferirmos dirimir um desentendimento por meio da negociação do que mediante o recurso à justiça; preferirmos uma arbitragem a um litígio, já que o árbitro leva em conta a equidade, ao passo que o juiz leva em conta a lei. A arbitragem foi criada com o propósito expresso de garantir espaço total para a equidade. O que foi dito anteriormente deve bastar no que tange à natureza da equidade.

Não sem razão bem vaticina Miguel Reale (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 610):

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito.

O pensamento de Reale se mostra bastante fiel ao pensamento aristotélico na medida em que foi o estagirita quem disse que o silogismo judicial não é do tipo apodíctico, mas dialético, ou seja, realiza-se mediante a contraposição de argumentos - em vez de limitar-se a reconhecer a verdade ou falsidade de algo.

Aliás, o resgate da noção aristotélica de equidade parece ainda atender ao chamado de Miguel Reale (*Filosofia do Direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 611) quando faz a seguinte observação:

O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.

Na verdade, a tensão entre o abstrato e o concreto, o universal e o individual, sempre implicam na dialética dos contrários a exigir um juízo equitativo. Por isso, acertou Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126) ao apontar que o uso da equidade não é excepcional, mas sim algo inerente a toda atividade hermenêutica, criteriosa, cuidadosa, e, por que não dizer, carinhosa, vez que a atuação atenciosa para com o drama existencial concreto, real, revela a mais autêntica alteridade, a capacidade de colocar-se no lugar do outro, ao invés de alienar-se, quando o outro é um estranho.

Nem se diga que se está fazendo julgamento *extra petita*. Veja-se o seguinte precedente onde prestigiada a real necessidade social decorrente da incapacidade parcial e permanente sem adstrição literal ao pedido; é do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA. NULIDADE. *EXTRA PETITA*. AUXÍLIO-DOENÇA. AUXÍLIO-ACIDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 129 DA LEI 8.213/91.

I - Não é *extra petita* a r. sentença que, constatando o preenchimento dos requisitos legais

para tanto, concede auxílio-acidente ao segurado que havia requerido o pagamento de auxílio-doença. Precedentes.

II - Conforme dicção da Súmula 110/STJ: “A isenção do pagamento de honorários advocatícios, nas ações acidentárias, é restrita ao segurado.”

Recurso não conhecido. (STJ, 267.652, julgado em 18.03.2003)

Assim, o caso é de parcial procedência para concessão de auxílio-acidente.

3 - Dispositivo

Julgo procedente o pedido para condenar o INSS ao pagamento de auxílio-acidente desde a DER.

Defiro a antecipação de tutela. Oficie-se com prazo de cumprimento de 30 dias.

Defiro a gratuidade. Sem custas ou honorários.

Intimem-se as partes.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

AÇÃO ORDINÁRIA

0000436-04.2013.4.03.6007

Autora: LUANA MARIA FAUSTINO DA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS
Juiz Federal: FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/01/2015

Luana Maria Faustino da Silva ajuizou ação, rito ordinário, em face do *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, objetivando o pagamento de pensão especial, por ser portadora da Síndrome da Talidomida, e indenização por danos morais.

Em síntese, a parte autora alega ser portadora da Síndrome de Talidomida, contraída em razão da ingestão do medicamento de mesmo nome, por sua genitora, no período de gestação, razão pela qual pretende a concessão do benefício de pensão especial previsto na Lei nº 7.070/82, bem como o pagamento da indenização por dano moral, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), consoante estabelecido pelo artigo 1º da Lei nº 12.190/2010.

Citado, o INSS apresentou contestação (fls. 46-51), defendendo a improcedência dos pedidos, diante da ausência de comprovação de que a autora seja portadora da Síndrome da Talidomida.

Determinada a realização de prova pericial (fls. 56-56v).

O laudo pericial foi encartado nas folhas 61-76.

A parte autora impugnou o laudo, e requereu a nomeação de perito profissional médico geneticista (fls. 79-80).

O INSS concordou com a conclusão do laudo (fl. 82).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

A parte autora pretende a concessão: [a] de pensão vitalícia prevista na Lei nº 7.070/82; e [b] de indenização por dano moral prevista na Lei nº 12.190/10.

Para o deferimento de ambos os benefícios é necessária a comprovação de que a deficiência alegada pela autora seja proveniente do uso da Talidomida pela sua mãe durante a sua gestação.

Como pode ser aferido no laudo pericial “a Talidomida (alfa-ftalimido-glutarimida) foi desenvolvida pela empresa alemã ‘*Chemie Grunenthal*’ como uma droga anticonvulsivante. Além disso, tinha uma propriedade notável: overdoses, simplesmente, causavam sono prolongado. A droga, então, foi comercializada pela primeira vez na Alemanha em 1957 e no Reino Unido em abril de 1958. Após o início do uso, pediatras e geneticistas alemães, começaram a ver crianças com malformações dos membros em um padrão bastante incomum. Em novembro de 1961, o Dr. Lenz sugeriu que essas deformidades resultaram do fato das mães terem ingerido talidomida. A confirmação desta sugestão veio rapidamente de várias partes do globo” (fls. 62-63).

No sítio eletrônico da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida – ABPST (cópia anexa), também existe a informação de que a talidomida “trata-se de um medicamento desenvolvido na Alemanha, em 1954, inicialmente como sedativo. Contudo, a partir de sua comercialização, em 1957, gerou milhares de casos de Focomelia, que é uma

síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto – tornando-os semelhantes aos de uma foca – devido a ultrapassar a barreira placentária e interferir na sua formação. Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos. A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a retirada imediata do mercado mundial. No entanto, em 1965 foi descoberto o seu efeito benéfico no tratamento de estados reacionais em Hanseníase (antigamente conhecida como lepra), e não para tratar a doença propriamente dita, o que gerou a sua reintrodução no mercado brasileiro com essa finalidade específica (...).

Deve ser colocado em relevo, que o Ministério da Saúde editou, em 2014, um Manual para o uso controlado da Talidomida.

Aludido documento, está disponível na “internet” (http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida_orientacao_para_uso_controlado.pdf).

No Manual para o uso controlado da Talidomida elaborado pelo Ministério da Saúde há um histórico da Talidomida, cujo excerto é a seguir reproduzido, para melhor compreensão da matéria:

Talidomida: um histórico polêmico

Síntese e lançamento no mercado de medicamentos

Alemanha

1954. A talidomida foi sintetizada na Alemanha, a partir do ácido glutâmico, como antiemético, sedativo e hipnótico.

Na tentativa de descobrir um medicamento para alergia, os pesquisadores H. Wirth e N. Mueckler, do laboratório farmacêutico “Grünenthal”, realizaram estudos com uma nova substância química em animais, mas descobriram que os resultados não confirmaram esse efeito. Descobriram, porém, que a substância testada tinha propriedades sedativas e hipnóticas e era capaz de induzir sono profundo e duradouro, sem provocar efeitos adversos no dia seguinte e era também considerada de baixa toxicidade.

1956. Foi lançada no mercado como medicamento antigripal com a marca registrada Grippex®. Outubro de 1957. A “Chemie Grünenthal”, proprietária da patente da substância denominada talidomida, lançou o medicamento como sedativo, com a marca Contergan®.

O medicamento foi anunciado, na Alemanha, como “inteiramente atóxico”, “completamente inócuo”, “completamente seguro” e vendido sem prescrição médica. A campanha publicitária para a indústria desencadeou o envio de 200 mil cartas para os médicos do mundo inteiro e 50 mil para os farmacêuticos, apresentando o medicamento e confirmando a sua segurança. Naquela ocasião, ainda não havia sido descoberta a correlação entre o consumo daquela nova substância e os defeitos congênitos que ela poderia gerar, porque não se dispunha de métodos sistemáticos para o estudo das reações adversas produzidas por medicamentos.

A associação da talidomida a outras substâncias gerou ainda medicamentos para tosse, asma, resfriados e cefaleias.

Grã-Bretanha

Abril de 1958. A “Distillers Biochemicals Ltd.” (DCBL), fabricante de uísque na Grã-Bretanha, iniciou a comercialização da talidomida com o nome de Distival®, sem suporte técnico, a não ser um relatório de uma página fornecido pela “Grünenthal”.

Campanhas de “marketing” enfatizaram a segurança do Distival® e o resultado foi tão significativo que a DCBL enviou folheto aos médicos afirmando: “O Distival® pode ser administrado com segurança para gestantes e mães no processo de aleitamento materno sem quaisquer efeitos adversos tanto para as mães como para os bebês [...]”.

Estados Unidos da América

Com o sucesso da droga no mercado, o laboratório “Merrel” solicitou licença para comercializar o Kevadon® (talidomida) no mercado americano. O FDA (Food and Drug Administration) rejeitou a aprovação do medicamento, baseado nos sintomas de neurite periférica em adultos, propiciando inclusive o prêmio Nobel a dra. Frances Oldham Kelsey. Mesmo assim, cerca de 1.200 médicos americanos receberam a talidomida diretamente da “Grünenthal”, utilizando-a contra enjoo em suas pacientes grávidas.

A descoberta do efeito teratogênico

1959. Os médicos alemães começaram a relatar o aumento da incidência de nascimento de crianças com um tipo peculiar de malformação congênita, com defeitos no seu esqueleto, ausência das extremidades superiores, como os ossos rádio e ulna e, às vezes, malformações nos membros inferiores. Assim, foi constatada a ocorrência de “focomelia”, nome dado à síndrome que se caracteriza pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto, tornando-o semelhante à forma externa da foca. Os médicos também relataram a “amelia”, ausência completa de braços e/ou pernas e ainda ausência ou malformação dos dedos das mãos e dos pés.

1961. Em novembro, no Encontro de Pediatria, em Düsseldorf, na Alemanha, após a apresentação de 34 casos de recém-natos com graves deformidades das extremidades, uma pesquisa realizada por Pfeiffer & Kosenow, W. Lenz levantou publicamente a possibilidade de as anomalias congênitas terem sido provocadas pelo consumo de talidomida durante a gestação. Essa hipótese foi reforçada pelo pesquisador McBride, na Austrália, ao observar que 20% das gestantes por ele acompanhadas e que fizeram uso do Distival® como antiemético, durante a gravidez, geraram crianças com múltiplas e graves anormalidades. Assim, o primeiro alarme foi dado por um médico na carta ao diretor da Revista Lancet.

A ingestão de um único comprimido durante a gestação pode ocasionar a focomelia

Outras alterações graves provocadas pela talidomida no feto:

A talidomida, além de provocar alterações dos membros superiores e inferiores, pode provocar defeitos visuais, auditivos, na coluna vertebral e, em casos mais raros, defeitos cardíacos e no tubo digestivo.

O Quadro 1, no capítulo talidomida: indicações, apresenta tipos de defeitos encontrados de acordo com o período de exposição ao medicamento.

Não é só a talidomida que provoca malformações congênitas no feto. Existem outros medicamentos considerados teratogênicos que têm o seu uso controlado e devem ser observados com cuidado pelos profissionais de Saúde. O diagnóstico diferencial é fundamental para que se possa tomar medidas eficientes de acompanhamento aos pacientes, sobretudo para mulheres em idade fértil.

A proibição e retirada do medicamento no mercado mundial

Com o nascimento de milhares de crianças com graves deformidades, a chamada primeira geração da talidomida, a substância foi retirada do mercado.

Novembro de 1961. Retirada do mercado pela “Chemie Grünenthal” (Alemanha).

Dezembro de 1961. Retirada do mercado pela DCBL (Grã-Bretanha).

Março de 1962. Retirada do mercado pela “Merrel”.

A talidomida no Brasil

A introdução do medicamento e a cassação da licença de comercialização

Março de 1958. A talidomida ficou disponível no Brasil. Foi comercializada por diferentes laboratórios com os seguintes nomes: Ectiluram, Ondosil, Sedalis, Sedim, Verdil e Slip.

1960. Foram relatados os primeiros casos de malformações no País.

1962. Até esta data, a droga foi comercializada no Brasil como “isenta de efeitos adversos”, embora já tivesse sido banida na Alemanha. Com o reconhecimento da talidomida como o medicamento responsável pela síndrome, o governo federal, por meio do Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia (SNFMF), cassou a licença dos produtos contendo talidomida mediante o Termo de Inutilização do Medicamento, datado de 13 de novembro de 1962, e estabelecido formalmente em 30 de junho de 1964.

Reintrodução da talidomida

1963. O uso terapêutico da talidomida foi demonstrado em dermatologia pelo dr. Osmar Mattos, a partir do seu relato de um caso clínico somente publicado em 1973, sob o título: “O prurido nodular de Hyde tratado com talidomida”.

1965. Um médico israelense, dr. J. Sheskin, descobriu que a talidomida tinha efeitos benéficos no tratamento de estados reacionais em hanseníase. Essa descoberta fez com que outros pesquisadores comesçassem a utilizar o medicamento.

1971. A Organização Mundial da Saúde (OMS) coordenou um ensaio clínico que comprovou a rápida melhora em número significativo de pacientes, levando à liberação do medicamento para tratamento do eritema nodoso hanseniano, sob estrita regulação e precauções.

Assim, a partir de estudos clínicos e da descoberta de suas aplicações terapêuticas, a talidomida voltou a ser comercializada em alguns países, entre eles o Brasil.

1974. O Ministério da Saúde inseriu a contraindicação da talidomida por seus efeitos teratogênicos na gravidez.

1984. No Guia para o Controle da Hanseníase, o MS informa: “deve-se ter cuidado com o seu uso, em pacientes do sexo feminino, pelos efeitos teratogênicos que possui”.

1987. A Portaria nº 1, de 9 de outubro de 1987, da Divisão Nacional de Dermatologia Sanitária da Secretaria Nacional de Programas Especiais de Saúde, do Ministério da Saúde, publicada no DOU, de 20 de outubro de 1987, na seção 1, 1.3.5. – Tratamento de gestantes, afirma: “os corticoesteroides estão indicados nas intercorrências reacionais, tendo em vista a total contraindicação do uso da talidomida”.

No item 1.3.7.2, afirma:

“em reação tipo II ou eritema nodoso hansenótico, a observação b) deve-se ter cuidado com o uso da talidomida em pacientes do sexo feminino em vista dos efeitos teratogênicos da droga, não devendo a mesma ser utilizada nas pacientes em idade fértil”.

Ainda na mesma portaria, no item 1.3.8, quando trata da talidomida, afirma: “Em virtude de a rifampicina diminuir a ação dos contraceptivos orais, recomenda-se a não utilização da talidomida em pacientes do sexo feminino em idade fértil.”

1989. O MS publica as Normas Técnicas e Procedimentos para Utilização dos Esquemas de Poliquimioterapia no Tratamento da Hanseníase, em que o Ministério da Saúde observa que “é totalmente contraindicado o uso da talidomida em mulheres em idade fértil, devido a seus conhecidos efeitos teratogênicos”.

1991 a 1993. As portarias nº 1.401, de 14 de agosto de 1991, MS/GM nº 864, de 7 de agosto de 1992 e MS/GM nº 814, de 22 de julho de 1993, ratificam a “contraindicação do uso da talidomida em idade fértil” (14, 15, 16), devido a seus conhecidos efeitos teratogênicos.

1994. A Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde publica no DOU, em 6 de julho, a Portaria MS/SVS nº 63, “proibindo a prescrição da talidomida para mulheres em idade fértil, em todo o território nacional”. (17)

1995. O Ministério da Saúde distribui um folheto destinado aos profissionais de Saúde responsáveis pela prescrição de medicamentos no tratamento dos pacientes de hanseníase, esclarecendo sobre os efeitos teratogênicos da talidomida e a proibição de seu uso em mulheres em idade fértil.

1997. A Portaria MS/SVS nº 354, de 15 de agosto, em seu artigo 6º, “proíbe o uso da talidomida por mulheres em idade fértil, compreendida da menarca à menopausa”. (18). São dois momentos, na década de 1990, em que o Ministério da Saúde proíbe e ratifica a proibição, considerando os potenciais e graves riscos na liberação de medicamento com efeitos teratogênicos já comprovados para mulheres em idade fértil e estabelece que, sempre que for prescrito o medicamento talidomida, o paciente deverá receber com o medicamento, o “Termo de Esclarecimento”, bem como deverá ser preenchido e assinado um “Termo de Responsabilidade” pelo médico que prescreveu a talidomida, em duas vias, devendo uma via ser encaminhada à Coordenação Estadual do Programa, conforme legislação sanitária específica em vigor e a

outra permanecer no prontuário do paciente.

1998. A Portaria MS/SVS nº 344, de 12 de maio de 1998, inclui a talidomida (Ftalimidoglutarimida) na Lista C3 (Lista das Substâncias Imunossupressoras).

2003. A Lei nº 10.651, de 16 de abril de 2003, no art. 1º, inciso III, exige que a embalagem e o rótulo exibam “ostensivamente a proibição de seu uso por mulheres grávidas ou sob risco de engravidar, acompanhada de texto, em linguagem popular, que explicita a grande probabilidade de ocorrência de efeitos teratogênicos associados a esse uso”; as exceções em mulheres podem ocorrer apenas nos programas expressamente qualificados (art. 3º, II), (Anexo A).

2011. Publicada a RDC nº 11, de 22 de março de 2011, que trata do controle da substância/ medicamento talidomida; regulamenta a Lei nº 10.651, de 16 de abril de 2003, trazendo como impactos positivos a simplificação de normas relacionadas à talidomida; maior esclarecimento de prescritores e demais profissionais de Saúde; melhor orientação a pacientes devido às alterações de materiais de embalagem e termos de esclarecimento; definição de responsabilidades das Vigilâncias Sanitárias e Assistências Farmacêuticas.

Como pode ser aferido no texto reproduzido, a Síndrome da Talidomida produziu vítimas, a partir de 1960.

Também no Manual para o uso controlado da Talidomida elaborado pelo Ministério da Saúde pode ser aferido que são identificadas 3 (três) gerações de vítimas da Síndrome da Talidomida, a primeira abarcando o período de 1960 a 1965, a segunda compreendendo o interregno de 1966 a 1998, e uma terceira que engloba o período de 2005 a 2010.

No caso concreto, a parte autora nasceu em 29.06.1987 (folha 15).

Ainda no Manual para o uso controlado da Talidomida elaborado pelo Ministério da Saúde é mencionado que para a 2ª geração de vítimas da Síndrome da Talidomida, que abarca os anos de 1966 a 1998 (época em que nasceu a parte autora), o Movimento pela Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Morhan) e a Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida (ABPST) identificaram 65 (sessenta e cinco) *casos* que apresentavam deformidades e história clínica compatíveis com a Síndrome (“In verbis”: “O Morhan e a ABPST uniram-se e começaram a busca ativa de novos casos de síndrome da talidomida, crianças nascidas após 1965. Foram identificados 65 casos que apresentavam deformidades e história clínica compatíveis com a síndrome referida”).

Portanto, após 1965, o diagnóstico de vítima da Síndrome da Talidomida, embora possível, é raro, no país.

No caso concreto, saliento que não há nenhuma notícia no sentido de que a mãe da autora tenha sido medicada para hanseníase, tampouco que tenha feito uso de Talidomida, sem prescrição médica (item 1 sob a rubrica “histórico” do laudo pericial – folha 62).

A parte autora referiu ao Sr. Experto que atribuíu sua deficiência física ao uso, por sua genitora, de uma *injeção intramuscular* durante o período da gravidez. Acredita que essa injeção seja de Talidomida (v. folha 62 sob a rubrica “histórico”, item 1).

No multicitado Manual para o uso controlado da Talidomida pode ser verificado que a apresentação do medicamento é em forma de comprimidos (cópia anexa de excerto do Manual, sob a rubrica “esquema de tratamento com Talidomida”).

O Sr. Experto também asseriu que a Talidomida é encontrada sob a forma de comprimidos, no laudo (folha 70 – item 2.4).

Ou seja, não é possível que a mãe da autora tenha feito uso de Talidomida, por meio de injeção intramuscular (item IX sob a rubrica “discussão” do laudo pericial – folha 72).

Ademais, concluiu o Sr. Perito que “considerando o depoimento da pericianda, o exame físico e a documentação acostada, não é possível identificar a causa exata da anomalia apresentada, não sendo característica de nenhuma síndrome genética específica, contudo *podendo-se concluir pela impossibilidade efetiva da ação de um agente ambiental como a Talidomida*” – foi grifado e colocado em negrito (folha 72 – item IX).

Portanto, não há como atribuir ao consumo de Talidomida, por sua mãe, a deficiência da parte autora. Não há o mínimo indício da ingestão do medicamento pela sua genitora, eis que o medicamento não possui apresentação injetável.

Por decorrência lógica, considerando que o medicamento Talidomida não possui apresentação injetável, fica prejudicado o pleito de realização de nova perícia por profissional médico geneticista, conforme requerido pelo combativo patrono da parte autora (fls. 79-80).

Destaco, outrossim, que o Sr. Perito ao responder ao quesito nº 4, apresentado pelo INSS, indagando se haveria “necessidade de exames genéticos para a confirmação da Síndrome da Talidomida na parte autora”, explicitou que a hipótese seria impertinente, eis que não existem “exame laboratoriais para diagnóstico da Síndrome da Talidomida”, tratando-se de “diagnóstico, exclusivamente clínico” (folha 76), o que reforça a desnecessidade de outra perícia médica, ainda que feita por profissional médico geneticista.

Em face do explicitado, extingo o processo, com resolução do mérito, e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Não é devido o pagamento de custas processuais, nem o pagamento dos honorários advocatícios, eis que a parte autora é beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

Requisite-se o pagamento dos honorários do Sr. Perito, e remetam-se os autos à SEDI, para retificação do assunto - conforme determinado no último parágrafo da r. decisão de folhas 56-56v.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Coxim, 19 de janeiro de 2015.

Juiz Federal FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0000933-97.2014.4.03.6131**

Autora: UNIÃO FEDERAL
Réu: JOSÉ OCTÁVIO NÉBIAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 17/09/2014

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação civil pública que tem por escopo encoar execução de medida administrativa de abate de animais existentes na propriedade do requerido. Sustenta a inicial, em suma, que representantes do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em fiscalização no estabelecimento rural do réu verificaram os extratos de alimentação de ruminantes, e constataram a presença de subproduto de origem animal vedados, a saber, ossos não calcinados e penas não hidrolisadas. Tendo em vista o resultado positivo do teste aplicado, foi o requerido notificado para apresentar defesa e novas amostras para contraprovas, o que foi feito, havendo, ao final e ao cabo do procedimento administrativo, sua defesa sido indeferida. Que, nestes termos, foi o interessado notificado para cumprir o disposto no artigo 5º da IN 41/2008, que determina o abate dos animais alimentados a partir de tais forragens. Tem por fim a presente ação civil manejar a obtenção de ordem judicial que autorize a adoção de medidas coercitivas para a viabilização de indigitada medida administrativa. Junta documentos às fls. 10/209.

Liminar *indeferida* pela decisão de fls. 212/213-vº. Arrostada por agravo, manejado sob a forma de instrumento e aqui noticiado às fls. 218, pende de apreciação o recebimento do recurso perante o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, conforme se colhe de fls. 279/280.

Citado, o requerido apresenta contestação aos termos da inicial (fls. 140/253, com documentos às fls. 254/256), articulando preliminar de carência de ação por ausência de interesse processual. No mérito, após tecer diversas críticas à forma pela qual se desenvolveu o procedimento administrativo aqui em questão, o réu argumenta, em apertada síntese, que não há prova de que os animais de sua propriedade tenham sido alimentados com a forragem aqui em causa, e que não há prova de que os animais respectivos estejam contaminados. Pugna pela improcedência do pedido inicial.

Réplica às fls. 261/267, com documentos às fls. 268/277-vº.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

A questão versada revolve condições da ação, tema que pode ser conhecido diretamente pelo Juízo, *ex officio*, na qualidade de *dominus processus* (CPC, art. 267, § 3º). Por tais razões, é dispensável a intercessão *prévia* do DD. *Parquet* Federal, até mesmo porque as conclusões que se alinham poderiam ter sido adotadas independentemente do processamento do feito (indeferimento da inicial da ação civil pública). Entretanto, e em reverência à atuação funcional do MPF, delibero no sentido de se dar vista dessa sentença ao Douto Representante Ministerial, oportunamente.

Na esteira daquilo que já restou consignado por ocasião da decisão que apreciou o pedido

de liminar, falece interesse processual para o manejo da presente ação civil pública. A propósito, aquilo que ali restou consignado para efeitos de deliberação da postulação da medida liminar, se aplica, sem rebarbas, ao processo como um todo, na medida em que a ausência de interesse de que ali se cogita contamina, em verdade, a ação como um todo. De sorte que, a não ser pelo enfrentamento de questões específicas próprias à composição global do processo, o entendimento já explicitado quando da apreciação da liminar será aqui encampado.

A inicial não resiste à análise das condições da ação. Está em questão a prática de ato administrativo plenamente dotado de carga auto-executória, o que dispensa a intervenção do Judiciário, no sentido de autorizar a prática de um ato que – independente disto – pode ser *diretamente* praticado pela Administração.

Dissertando sobre este importante atributo do ato administrativo, a I. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assim o conceitua:

Consiste a auto-executoriedade em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção pelo Poder Judiciário.

[*Direito Administrativo*, 15. ed., São Paulo: Ed. Atlas, p. 193].

Mais adiante, explicitando as hipóteses em que este atributo tem aplicabilidade, a emérita doutrinadora especifica que:

No *Direito Administrativo*, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação, etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;
2. *Quando se trata de medida urgente que*, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: a *exigibilidade*, que corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias, criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a *executoriedade*, que corresponde ao *privilège d'action d'office* (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração *pode auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário*. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. *Na executoriedade*, a Administração *emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força*. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; *na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade* (g.n.). [op. cit., pp. 193-94].

A hipótese vertida nos autos, como está claro sob todas as luzes, quadra enquadramento pleno na auto-executoriedade dos atos administrativos, já que se cuida da execução de medida de polícia administrativa que pode, ao menos potencialmente, afetar aos interesses maiores da coletividade, dispensando o recurso ao Poder Judiciário para se materializar.

Bem por isso, aliás, é que a jurisprudência dos Tribunais Superiores do País vem sufragando este entendimento em situações congêneres. Nesse sentido, posicionamento consentâneo do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que arrola na sequência:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FECHAMENTO DE PRÉDIO IRREGULAR – AUTO-EXECUTORIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE DE INVOCAR A TUTELA JUDICIAL.

1. A Administração Pública, *pela qualidade do ato administrativo que a permite compelir materialmente o administrado ao seu cumprimento, carece de interesse de procurar as vias judiciais para fazer valer sua vontade, pois pode por seus próprios meios providenciar o fechamento de estabelecimento irregular.*

2. Recurso especial improvido (g.n.).

(REsp 696.993/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 349)

Em idêntico sentido, daquela mesma Excelsa Corte de Justiça, o aresto que indico na sequência, destacando da ementa o trecho que interessa à discussão aqui em pauta, que remarca a ausência de interesse processual em hipóteses quejandas, porque o Poder Público, ao executar atos administrativos, ostenta presunção *juris tantum* de legitimidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. TAXA DE OCUPAÇÃO. IMÓVEIS SITUADOS EM TERRENO DE MARINHA E TÍTULO EXPEDIDO PELO RGI NO SENTIDO DE SEREM OS RECORRENTES POSSUIDORES DO DOMÍNIO PLENO. IRREFUTÁVEL DIREITO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. ESTRITA OBSERVÂNCIA QUANTO AO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM EM FAVOR DA UNIÃO.

(...omissis...)

3. Conseqüentemente, o título particular é inoponível quanto à UNIÃO nas hipóteses em que os imóveis situam-se em terrenos de marinha, revelando o domínio da UNIÃO quanto aos mesmos. Neste sentido, é assente na doutrina que: Os TERRENOS DE MARINHA são BENS DA UNIÃO, de forma ORIGINÁRIA.

4. É lícito à UNIÃO, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com presunção *juris tantum* de legitimidade. Precedentes: REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002. (REsp 687.843/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 369).

5. O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas.

6. Em relação ao direito de propriedade, tanto o Código Civil Brasileiro de 1916 como o novo Código de 2002 adotaram o sistema da presunção relativa (*juris tantum*) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário.

7. Não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido.

8. *Desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos regis-*

tros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

9. A presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha.

10. Legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela União mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado.

11. Ausência de *fumus boni juris*.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido (g.n.).

(REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005).

Observe-se, outrossim, que eventual dificuldade, onerosidade, inconveniência ou desaparecimento administrativo para a execução da medida, são questões que devem ser resolvidas no âmbito interno da Administração, não justificando o ajuizamento de ação, vez que desprovida da nota essencial do interesse de agir (modalidade necessidade) a justificar a instauração da lide.

Daí porque, por dispor de meios jurídicos próprios para efetivar a medida aqui pleiteada, a autora não ostenta interesse de agir para a ação civil pública. Patenteou-se hipótese de carência de ação, a desaguar no indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção do feito, nos termos da lei.

DISPOSITIVO

Do exposto, configurada a hipótese de carência de ação por ausência de interesse processual (modalidade necessidade) por parte da autora, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL da presente ação civil pública e o faço para, JULGAR EXTINTO O PROCESSO, sem apreciação do mérito, com fundamento no que dispõe o art. 295, III c.c. art. 267, I e VI, todos do CPC.

Sem condenação em custas e honorários, tendo em vista o que prescreve o *art. 18 da Lei nº 7.347/85*.

Sujeito a reexame necessário.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Oficie-se ao(à) Exmo(a). Sr(a). Desembargador(a) Federal Relator(a) do Agravo de Instrumento aqui noticiado.

P.R.I.

Botucatu, 12 de setembro de 2014.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0002428-30.2014.403.6115**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Rés: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS E COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - CETESB

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Juiz Federal: LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 12/12/2014

Vistos em decisão.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face da FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS e da COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – CETESB, objetivando, liminarmente: 1) a suspensão dos efeitos do ato administrativo concessivo emitido no Processo Administrativo de Autorização para Supressão de Vegetação Nativa nº 73/10104/14; 2) que a CETESB se abstenha de expedir novo ato de autorização/licença para a realização de obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada da UFSCar (Campus de São Carlos/SP) e o Instituto Federal de São Paulo; 3) que a Fundação Universidade Federal de São Carlos não dê início ou paralise imediatamente a obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada de seu campus em São Carlos e o Instituto Federal de São Paulo.

A pretensão liminar se fundamenta no fato de que a CETESB concedeu autorização à Universidade Federal de São Carlos para a supressão de vegetação componente do bioma cerrado, visando à construção de via de acesso da área urbanizada da instituição de ensino ao IFSP. Entretanto, o ato administrativo emanado da CETESB não levou em conta eventuais alternativas técnicas e locacionais para a construção da via de acesso requerida, no que teria deixado de respeitar o disposto no art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, bem como o art. 3º, VIII, alínea “e” e IX alínea “g” da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal). Por conseguinte, o ato estaria eivado de vício formal, que acarretaria sua anulação.

É o relatório.

Fundamento e decido.

AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALTERNATIVA TÉCNICA E LOCACIONAL

O constituinte brasileiro garantiu a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, o constituinte determinou a definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, estabelecendo que a sua alteração e a sua supressão somente seriam permitidas através de lei, vedando ainda qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Em face dos preceitos constitucionais, o legislador considerou o estudo de alternativa técnica e locacional como uma etapa importante do processo de avaliação de impacto ambiental, tanto que tal medida foi contemplada no art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Cerrado no Estado de São Paulo. O mesmo pode ser observado no art. 3º, VIII, alínea “e” e IX alínea “g” da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal).

Assim sendo, no Estado de São Paulo, para a supressão de vegetação em estágios médio e avançado de regeneração para as fisionomias de cerrado e cerrado *stricto sensu*, conforme estabelece o art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, faz-se necessária a prévia autorização do órgão ambiental competente, que somente poderá autorizar, em caráter excepcional, quando necessária à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública. Em todo caso, é imprescindível a comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional para o fim pretendido.

Transcrevemos as disposições pertinentes da Lei Estadual 13.550/2009:

Artigo 6º - A supressão de vegetação nos estágios médio e avançado de regeneração para as fisionomias cerrado e cerrado “*stricto sensu*” dependerá de prévia autorização do órgão ambiental competente e somente poderá ser autorizada, em caráter excepcional, quando necessária à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública ou interesse social definidos nesta lei, com comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional para o fim pretendido, ressalvado o disposto no artigo 7º desta lei.

Parágrafo único - A autorização prevista no “caput” deste artigo estará condicionada à compensação ambiental, na forma de preservação de área equivalente a quatro vezes a área desmatada, em área ocupada por vegetação pertencente ao Bioma Cerrado, ou à recuperação ambiental de área equivalente a quatro vezes a área desmatada, na mesma bacia hidrográfica, preferencialmente na mesma microbacia.

Artigo 7º - Os remanescentes de vegetação do Bioma Cerrado, em qualquer de suas fisionomias, cuja supressão seja vedada em decorrência desta lei e que excedam o percentual destinado a compor a reserva legal do imóvel em que se localizam, poderão ser utilizados para a compensação de reserva legal de outros imóveis, nos termos previstos no artigo 44 da Lei federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Pois bem, a área em discussão foi considerada como em estágio médio de regeneração, com predomínio de espécies do cerrado, conforme laudo de caracterização de vegetação (fls. 844-845 do apenso à ACP). Semelhante conclusão foi apontada no relatório de inspeção da CETESB (fl. 935 do apenso à ACP), de modo que devem ser aplicadas as disposições da Lei Estadual 13.550/2009. Também é importante notar que a supressão da vegetação objetiva a implantação de estabelecimentos públicos de educação de ensino superior, o que configura utilidade pública, conforme dispõe o art. 3º, I, “e” da Lei 13.550/2009.

Dessa forma, pode-se notar o enquadramento da área na legislação mencionada, bem como a existência de utilidade pública. No referido laudo também há proposta de compensação ambiental, consistente na preservação de área equivalente a quatro vezes a área desmatada, tendo sido escolhido, para tanto, local dentro do próprio campus da universidade (fls. 846 do apenso à ACP).

Observa-se ainda a apresentação de outros laudos no processo administrativo que levou a CETESB a autorizar a supressão da vegetação para a interligação entre a área urbanizada da UFSCar e o Instituto Federal de São Paulo (fls. 831-940).

Ocorre que a documentação apresentada para a obtenção da autorização não preencheu de forma integral o disposto no art. 6º da Lei Estadual 13.550/2009, posto que não restou comprovada a inexistência de alternativa tecnológica e locacional no decorrer do processo administrativo.

De fato, conforme a legislação, é necessária a apresentação de estudos de alternativas tecnológicas e locais, os quais deverão vir acompanhados de demonstração e fundamentação detalhada no que se refere à disponibilidade ou indisponibilidade de áreas para relocação

das populações das áreas a serem suprimidas.

Assim, nesse ponto o processo administrativo em questão não respeitou a legislação, não havendo nenhum estudo detalhado, mas tão somente a indicação, de plano, da área para a compensação ambiental. Tal indicação diverge daquela proposta pelo laudo apresentado pelo MPF, no que já fica evidente o descumprimento do requisito legal da comprovação de inexistência de alternativa tecnológica e locacional.

Por conseguinte, em uma análise liminar, pode-se concluir que no processo administrativo não restou comprovada a inexistência de alternativa tecnológica e locacional, o que macula a autorização emitida pela CETESB, podendo levar até mesmo, em uma análise exauriente, à anulação de referido ato administrativo.

PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO

Seguindo a análise da pretensão ministerial, verifica-se que a ação civil pública também está embasada nos princípios da prevenção e precaução, pelo que passamos a verificar a pertinência de referidos argumentos para eventual concessão de liminar.

O princípio da precaução foi introduzido pelo direito ambiental, surgindo no direito alemão na década de 70 (*Vorsorgeprinzip*), que serviu de modelo para o direito que viria a ser desenvolvido na União Europeia (ARNDT, Birger. *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, p. 13-14). Seu objetivo era a proteção ambiental em relação aos riscos potenciais ou hipotéticos da sociedade contemporânea.

Assim sendo, em suma, o princípio da precaução aparece para tentar evitar ou diminuir os males da “sociedade do risco”, de modo que sempre que estivermos diante de uma incerteza sobre danos possíveis, o princípio da precaução deverá atuar como instrumento de gerenciamento dessa incerteza. O substrato emocional de tal princípio é justamente o medo do desconhecido, a oposição ao risco e ao perigo, aplicando-se às situações em que o conhecimento científico não consegue dar um parecer definitivo.

Nesse contexto, a maioria dos autores, conforme assevera Teresa Ancona Lopez (*“Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil”*), tem como melhor definição do princípio da precaução o art. 15 da Declaração do Rio de 1992, ou seja: “diante de certos riscos particularmente graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica sobre seu entendimento ou sua realização não deve conduzir à inação mas legítima medidas, mesmo drásticas, de prevenção”. A mencionada autora também apresenta sua definição de precaução nos seguintes termos: “Princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza”.

O princípio da prevenção, por seu turno, não parte da ideia de um risco potencial, mas sim de um risco provado. Desse modo, a tutela da prevenção é voltada para os riscos constatados, conhecidos e provados. Sua aplicação se dá nos casos em que os impactos ambientais já são demonstrados, buscando-se então a constante vigilância e ação do Poder Público e da sociedade para que se evite a degradação ambiental.

Tratando do princípio da prevenção, Marcelo Abelha Rodrigues (*Elementos de direito ambiental: Parte Geral*) deixa bem clara sua relação com o direito ambiental, asseverando: “Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irrever-

sível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam”.

Pois bem, partindo das considerações supramencionadas, bem como levando em conta a indiscutível importância da preservação do bioma do cerrado, muito bem explanada pelo Ministério Público Federal na petição inicial da presente ação, parece-nos indiscutível a necessidade, em sede liminar, da aplicação unicamente do princípio da prevenção.

De fato, caso ocorrido o dano ambiental, com a consequente devastação da área de cerrado para a realização da expansão da área urbana no perímetro da UFSCar, sua reconstituição será bastante complicada e poderá demorar décadas. Aliás, a não apresentação de alternativa técnica e locacional já constitui, por si só, motivo para a aplicação do princípio da prevenção, sendo melhor a discussão das alternativas propostas do que a imediata degradação ambiental.

A prevenção nos leva aqui à análise das melhores medidas a serem tomadas para que sejam atendidos, de forma mais otimizada possível, tanto os interesses relativos à realização de obra de utilidade pública como a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, atento à proposta apresentada pelo parquet, não seria razoável que este juízo permitisse a imediata devastação da área para só depois estudar o caso, correndo o risco de considerar mais pertinente justamente o proposto nesta ação, quando a área de cerrado já estivesse totalmente devastada.

Neste ponto, diante da prevenção, considerando que os impactos ambientais já estão demonstrados e que não foi apresentada alternativa técnica e locacional durante o processo de autorização, é certo que estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, autorizadores da concessão da medida cautelar pleiteada.

Realmente, a irreversibilidade do dano ambiental, o desrespeito ao disposto na Lei Estadual 13.550/2009, bem como o fato de que a UFSCar já iniciou processo licitatório, ostentando as condições formais para dar início às obras após o término do certame e formalização do contrato, nos levam à concessão da medida liminar para suspender a autorização concedida pela CETESB e impedir o início das obras.

Por fim, vale consignar que o princípio da precaução não nos parece adequado para o embasamento da pretensão, visto que foi cientificamente determinada, em sua totalidade, a possível relação de causa e efeito no que toca à devastação da área em litígio.

Dispositivo

Diante do exposto, com fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil c/c o art. 12 da Lei 7.347/85, defiro a medida liminar requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para suspender os efeitos do ato administrativo concessivo emitido no processo administrativo de autorização para supressão de vegetação nativa (nº 73/10104/14) e determinar que a CETESB se abstenha de expedir novo ato de autorização/licença para a realização de obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada da UFSCar e o Instituto Federal de São Paulo. Outrossim, determino à Fundação Universidade Federal de São Carlos que não dê início ou, caso já tenha iniciado, que paralise imediatamente a obra consistente na construção de via de interligação entre a área urbanizada de seu campus em São Carlos e o IFSP.

Em caso de descumprimento do que foi determinada, incidirá multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em desfavor da UFSCar e da CETESB, bem como multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) em desfavor do gerente local da CETESB e do Reitor da UFSCar, a recair sobre seu patrimônio pessoal, sem prejuízo de eventual prática de ato de improbidade administrativa e crime de desobediência.

Citem-se, intinem-se e notifiquem-se com urgência.

São Carlos, 11 de dezembro de 2014.

Juiz Federal LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

AÇÃO ORDINÁRIA

0002435-31.2014.4.03.6112

Autor: MUNICÍPIO DE ANHUMAS

Réus: AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL E OUTRO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Juiz Federal: BRUNO SANTHIAIGO GENOVEZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

Vistos, em sentença.

1. Relatório

Município de Anhumas ajuizou a presente demanda pretendendo a declaração da inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 414/10 da ANEEL, desobrigando-se do recebimento do sistema de iluminação pública registrado como “Ativo Imobilizado em Serviço – AIS”.

A liminar foi deferida (folhas 55/57).

Citada, a ANEEL (folhas 66/79) sustentou, em síntese, a competência dos municípios para a prestação dos serviços de iluminação pública, inexistência de afronta ao Decreto nº 41.019/41, bem como a inexistência de violação ao princípio da autonomia municipal. Transcreveu entendimento jurisprudencial a respeito do caso.

Argumentou, ao final, a inexistência do *periculum in mora* a amparar a medida liminar deferida.

À folha 95, a ANEEL noticia a interposição de agravo de instrumento.

A Elektro, por sua, vez apresentou sua resposta (folhas 109/135), requerendo, à folha 110, a observância do prazo em dobro, uma vez que os réus possuem diferentes procuradores.

Posteriormente, apresentou preliminares de “independência dos poderes”, “ilegitimidade passiva e carência da ação” e “inexistência dos requisitos legais à concessão da antecipação de tutela”.

No mérito, pugnou pela improcedência da ação, tendo em vista a legalidade dos atos regulatórios da ANEEL.

A Elektro opôs embargos de declaração (folhas 186/188).

Os embargos foram acolhidos (folha 189 e verso), determinando-se que a tarifa B4b ou valor a ela equivalente persista em favor da embargante/ré enquanto perdurar os efeitos da liminar deferida.

Intimado, o Município autor manifestou-se acerca das contestações apresentadas (folhas 195/199), rechaçando os argumentos expostos pelas rés.

A Elektro noticiou a interposição, também, de agravo de instrumento (folha 231).

Os agravos de instrumento (ANEEL e Elektro) foram convertidos em agravos retidos (folhas 262 e 273).

Não tendo sido requerido provas, os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Delibero.

2. Fundamentação

De início, passo a analisar as preliminares suscitadas pela Elektro.

Sem razão a corrê Elektro ao sustentar que a ANEEL, ao editar a Resolução Normativa em comento, se valeu da competência exclusiva para regulamentar o serviço de energia, não cabendo, à municipalidade, praticar qualquer ingerência em atos de competência exclusiva do Poder Executivo.

Ora, a função da ANEEL é, precipuamente, regulatória, ou seja, regulamentar o desenvolvimento do setor elétrico. Não cabe a ela propor a transferência do ativo imobilizado por meio de Resolução.

O artigo 218 da Resolução Normativa 414/2010 extrapola as funções legais da ANEEL, interferindo diretamente nas atividades do Município-autor, impondo-lhe aceitação onerosa dos ativos do sistema de iluminação pública.

Assim, a municipalidade pode insurgir-se em face de tal Resolução, uma vez que ocasionará vultosos gastos para os cofres municipais.

Dessa forma, não acolho a preliminar de “independência dos poderes”.

Melhor sorte não socorre à preliminar de “ilegitimidade passiva e carência da ação”.

Com efeito, ainda que a Elektro apenas execute os atos emanados na ANEEL, por força de contrato, a transferência dos ativos ao município lhe atingirá diretamente, uma vez que deixará de arcar com os custos de gestão e manutenção de todo sistema de iluminação (reposição de lâmpadas, chaves, reatores, etc). Assim, é parte interessada na demanda.

No tocante à preliminar de inexistência dos requisitos necessários à concessão da liminar (arguido pela Elektro) e ausência do *periculum in mora* (arguido pela ANEEL), observo que tal questão já foi superada, até porque a tutela de urgência foi deferida. Vê-se que a r. decisão das folhas abordou, na folha 55-verso, a existência da verossimilhança das alegações autorais, no que diz respeito ao poder regulamentar da ANEEL ao editar a Instrução Normativa 479/2012, que deu nova redação ao artigo 218 da Instrução Normativa 414/2010.

Já o *periculum in mora* (analisado à folha 56-verso) decorreria do impacto orçamentário sofrido pela Municipalidade ao absorver todos os custos de logística, implantação e manutenção do sistema de iluminação.

Por outro lado, com razão à ré Elektro no que diz respeito ao prazo dobrado para manifestação. Nos termos do artigo 191 do CPC, tratando-se de litisconsórcio, com diferentes procuradores, o prazo conferido para contestar, recorrer e falar nos autos, é contado em dobro.

Passo à análise do mérito.

A Agências Reguladoras, dotadas do poder de fiscalizar e regulamentar as atividades exercidas pelos particulares em razão da concessão dos serviços públicos, tem, como função principal, a edição de atos de caráter geral, abstratos e impessoais em relação aos setores da economia postos sob seu controle.

A própria Constituição Federal instituiu a matriz desses órgãos reguladores nos artigos 21, XI e 177, § 2º, III para os setores de telecomunicações e petrolífero. Posteriormente, a lei 9.427/96, que dispõe sobre o regime de concessões dos serviços públicos de energia elétrica criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, a ANEEL; a lei 9.427/97 instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações, a ANATEL; a lei 9.478/97 criou a Agência Nacional do Petróleo, ANP, dentre outras. A todas essas Agências, criadas sob a forma de “autarquias de regime

especial” o traço marcante comum é o exercício da função regulatória, ou seja, a competência para editar normas gerais, abstratas e impessoais sobre o setor sob seu controle.

Tal atuação instrumentaliza-se pelos decretos regulamentares editados pelas Agências Reguladoras. Longe de serem atos estritamente administrativos, os regulamentos impostos por tais agências, não raro, trazem em si forte carga de normatividade.

Há, assim, no caso, uma crise de legalidade, tendo em vista que somente a lei poderia impor sanções ou ditar normas de conduta aos particulares. Deve-se, portanto, fazer distinção entre função regulamentar e função regulatória, esta conferida, por lei, às Agências Reguladoras, aquela, ao chefe do Poder Executivo pela própria Constituição Federal.

A questão nodal que se coloca, portanto, frente a esse panorama é a delimitação da função normativa ou regulatória das agências reguladoras em face dos postulados constitucionais da tripartição de poderes e do princípio da legalidade, que no nosso sistema têm como parâmetros fundamentais os arts. 5º, inc. II, e 84, inc. IV, da Constituição Federal, segundo os quais, respectivamente, somente a lei pode obrigar condutas e impor sanções e que é do Presidente da República a competência para expedir regulamentos, com a estrita finalidade de permitir o fiel cumprimento da lei.

Pois bem, o artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL possui conteúdo estritamente normativo, uma vez que determina a transferência dos ativos imobilizados em Serviço do Sistema de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente, estabelecendo, inclusive, um prazo para que referida transferência seja efetivada.

Na Lei nº 9.427/97, que instituiu a ANEEL, não se vislumbra qualquer delegação de poder normativo a esta agência reguladora, a qual seria necessária para a normatização do que se encontra contido no artigo 218 da Resolução em apreço, logo, não cabe à ANEEL qualquer exercício de discricionariedade regulamentar no presente caso, eis que inexistente na sua lei criadora delegação de competências normativas.

Reiterando, a ANEEL, ao dispor sobre a obrigatoriedade de transferência dos ativos de iluminação pública, excedeu o seu poder regulamentar de caráter secundário. Deve, sua função, ser essencialmente operacional, não podendo seus atos normativos ter caráter ilimitado, inovando na ordem e impondo responsabilidades ao poder público municipal por meio de suas normas.

Assim, a criação de obrigação para o poder local, com responsabilidade pela manutenção do sistema de iluminação pública, usurpa a autonomia do Município.

Com a criação da Resolução em comento, os municípios ficarão obrigados a assumir todo ativo de iluminação pública pertencente às concessionárias de energia elétrica, de maneira que os custos com gestão, manutenção de todo sistema de distribuição, atendimento, operação e reposição de lâmpadas, suporte, chaves, troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços, materiais de fixação, dentre outros, ficarão a cargo do ente municipal.

Dessa forma, a gestão da prestação de serviços de iluminação pública pelos municípios demandará estruturação técnica, operacional e financeira destes, o que gerará vultosos gastos para os cofres públicos municipais, com provável repasse aos municípios.

Repise-se, as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público interno, geralmente constituída sob a forma de autarquia, cuja finalidade é regular e/ou fiscalizar a atividade de determinado setor da economia de um país, a exemplo dos setores de energia elétrica, telecomunicações, entre outros.

A Lei nº 9.427/96 criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e concedeu a

ela o poder de implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, conforme dispõe o inciso I do artigo 3º da referida lei, bem como o de regular o serviço concedido, permitindo, autorizando permanentemente sua prestação (Lei nº 9.427/96, art. 3º, inciso XIX).

Tal atuação materializa-se por meio de decretos regulamentares que, quase sempre, trazem grande carga de normatividade. Entretanto, cabe ressaltar que somente a lei pode impor sanções ou estabelecer normas de conduta aos particulares.

Assim, há que fazer uma delimitação entre a função normativa ou regulatória das agências reguladoras, frente ao postulado constitucional da tripartição dos poderes e do princípio da legalidade.

Ora, na Lei nº 9.427/97, que criou a ANEEL, não se verifica nenhuma delegação de poder normativo, a qual seria necessária para a normatização do contido no artigo 218 da Resolução 414. Dessa forma, não cabe à ANEEL o exercício de discricionariedade regulamentar no caso em questão, haja vista que inexistente em sua lei criadora delegação de competência normativa.

Do exposto acima, entendo que Resolução Normativa nº 414/2010 com a redação dada pela Resolução Normativa nº 479/2012, padece de vícios de ilegalidade, tendo em vista que a ANEEL, ao editar as referidas resoluções, exorbitou competência do seu poder regulamentador, uma vez que criou e ampliou obrigações, bem como gerou ônus aos Municípios, invadindo matéria reservada à lei, violando o princípio da legalidade.

Além disso, o serviço de energia elétrica, bem como o estabelecimento de redes de distribuição, ampliação, comércio de energia a consumidores em média e baixa tensão, dependem exclusivamente de concessão ou de autorização federal e estão devidamente regulados pelo Decreto-lei nº 3.763/1941 e Decreto nº 41.019/1957, que estão em plena vigência, ou seja, competência exclusiva da União Federal.

Em síntese, não há dúvidas de que o citado artigo 218 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL possui conteúdo estritamente normativo, uma vez que determina a transferência dos Ativos Imobilizados em Serviço do Sistema de Iluminação Pública à pessoa jurídica de direito público competente, estabelecendo, inclusive um prazo para que a referida transferência seja efetivada.

Concluindo, o poder normativo das agências reguladoras deve estar limitado à elaboração de regramentos de caráter estritamente técnico e econômico, restritos ao seu campo de atuação, sem invasão das matérias reservadas à lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade e, por óbvio, ao princípio da separação dos poderes.

À guisa de ilustração, transcrevo abaixo todo o entendimento esposado na r. decisão liminar:

Neste juízo de cognição sumária, tenho que a pretensão antecipatória deve ser deferida. A verossimilhança das alegações do autor desponha do aparente transbordamento do poder regulamentar da ANEEL, ao editar a Instrução Normativa nº 479/2012, que deu nova redação ao art. 218, da Instrução Normativa 414/2010, que passou a ter a seguinte redação, *in verbis*: “Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente. § 1º. A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica. § 2º. Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas

as seguintes condições:

I - o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada;

II – a distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e

III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b.

§ 3º. A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de janeiro de 2014.

§ 4º. Salvo hipótese prevista no § 3º, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos:

I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no *caput* e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor;

II – até 10 de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais);

III – até 10 de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação;

IV – até 30 de setembro de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município;

V – até 31 de janeiro de 2014: conclusão da transferência dos ativos; e

VI – até 10 de março de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório final da transferência de ativos, por município.

§ 5º. A partir da transferência dos ativos ou do vencimento do prazo definido no inciso V do § 4º, em cada município, aplica-se integralmente o disposto na Seção X do Capítulo II, não ensejando quaisquer pleitos compensatórios relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo das sanções cabíveis caso a transferência não tenha se realizado por motivos de responsabilidade da distribuidora.” (Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 479, de 03.04.2012).

O poder regulamentar da ANEEL vem delineado na Lei que lhe deu origem, a Lei 9.427/1996, que dispõe em seu art. 3º competir a ela “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995” (inc. I) e “regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação” (inc. XIX).

Tais poderes-deveres, de cunho normativo, não lhe facultam inovar na ordem jurídica, seja interferindo em atos jurídicos já consolidados, seja revogando normas de estatuta superior. Entretanto, nesta primeira análise do caso, não é dessa forma que se pautou a ANEEL ao editar a Instrução Normativa nº 479/2012, que deu nova redação ao art. 218, da Instrução Normativa 414/2010, impondo à distribuidora a transferência do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente, ainda que em prazos preestabelecidos.

Ocorre que dita transferência, por força de norma regulamentar (instrução normativa), interfere nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica firmados pelos titulares do serviço público (os Municípios) com os concessionários contratados para prestá-los indiretamente.

O quadro narrado em exórdio aponta para uma reversão forçada de bens afetados à concessão ao concedente, que teria inúmeros transtornos ao assumi-los de imediato, e que seriam

de alguma forma carreados à população destinatária dos serviços de iluminação pública. E, no contexto específico da prestação do serviço público de energia elétrica, tem-se o Decreto nº 41.019/1957, que dispõe em seu art. 5º:

“Art 5º. O serviço de distribuição de energia elétrica consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão.

§ 1º. Este serviço poderá ser realizado:

- a) diretamente, a partir dos sistemas geradores ou das subestações de distribuição primária, por circuitos de distribuição primária, a consumidores em tensão média;
- b) através de transformadores, por circuitos de distribuição secundária, a consumidores em baixa tensão.

§ 2º. Os circuitos de iluminação e os alimentadores para tração elétrica até a subestação conversora, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição” (grifei).

Observa-se então um aparente conflito entre o disposto no art. 218, da Instrução Normativa nº 414, da ANEEL, e o quanto estabelece o § 2º, da norma acima transcrita, o que não pode prevalecer em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da continuidade dos serviços públicos.

N’outra quadra, o perigo na demora da prestação jurisdicional encontra-se presente na circunstância de que, caso não deferida a antecipação da tutela, as rés dariam cumprimento ao disposto no art. 218, da Instrução Normativa nº 414 da ANEEL, impondo à distribuidora a transferência do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS ao autor, com o prazo limite de 31 de janeiro de 2014 para fazê-lo.

É que a transferência, quase que imediata, do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS – ao autor implica em manifesto impacto orçamentário nas contas municipais, já que o ente teria de arcar com todos os custos de logística, implantação e manutenção desse sistema, podendo ocasionar prejuízos a outros serviços prestados à população local.

Desta feita, com respaldo no art. 273, do CPC, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA para desobrigar o Município autor de cumprir o estabelecido no art. 218, da Instrução Normativa nº 414, com a redação dada pela Instrução Normativa nº 479, ambas da ANEEL, que lhe impôs a obrigação de receber o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS.

3. Dispositivo

Assim, nos termos do que foi exposto acima, confirmo a decisão liminar e, nos termos do artigo 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo Município de Anhumas, SP, para reconhecer a ilegalidade da Instrução Normativa nº 414/2010 em relação ao Município-autor, desobrigando-o de proceder ao recebimento do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS.

Observe, entretanto, que, enquanto a Concessionária de energia estiver responsável pela gestão, manutenção e expansão dos serviços de iluminação pública no Município, fará jus ao recebimento da tarifa B4b, ou valor a ela equivalente, destinada à remuneração pelo serviço.

Condene a ANEEL e a Elektro a pagarem ao autor as custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, devendo, cada réu, arcar com metade da sucumbência.

Intime-se a ANEEL – Agência Nacional de Águas e Energia Elétrica, representada pela Procuradoria Regional Federal, com endereço na Avenida Manoel Goulart, 3.415, nesta cidade, acerca do que ficou aqui decidido.

Cópia deste decisão servirá de mandado para intimação do Município de Anhumas, SP, com endereço na Rua Domingos Ferreira de Medeiros, nº 496, centro, acerca do que ficou aqui decidido.

Cópia desta sentença servirá de carta precatória para a Justiça Federal de Campinas, para intimação da Elektro – Eletricidade e Serviços S/A., com endereço na Rua Ary Antenor de Souza, nº 321, Jardim Nova América, Campinas, SP, quanto ao aqui decidido.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Juiz Federal Substituto BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

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