

REVISTA

ANO XXIV - N. 119 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2013 - ISSN 1982-1506

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS



- **A competência sancionadora das agências reguladoras no Direito brasileiro: breves comentários**

Heraldo Garcia Vitta

Juiz Federal

- **Da imprescindibilidade de anuência do INPI para homologação de acordo formulado entre autor e réu nas ações de nulidade de marcas, patentes e desenhos industriais**

Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza

Juiz Federal



- **Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados**

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Juiz Federal

- **Ambiente contemporâneo, positivismo e juiz ordinário**

José Carlos Francisco

Juiz Federal

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Cofins - Entidades de Assistência Social - Imunidade - Arguição de Inconstitucionalidade

Comentários:

Clécio Braschi

Juiz Federal

Eliane Dorico

Advogada

Mauro Spalding

Juiz Federal

Rosana Ferri

Juiza Federal

Valdeci dos Santos

Juiz Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista

Desembargador Federal Antonio Cedenho

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 XXIV	n. 119	p. 1-660	out./dez. 2013

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Antonio Cedenho

ASSESSOR: Wladimir Rodrigues

EQUIPE:

Lucia Massako Y. C. Rosa / Maria José Lopes Leite /
Renata Bataglia Garcia / Simone de Alcantara Savazzoni

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) - .

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⁾

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96 - Presidente⁽²⁾

Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Vice-Presidente⁽³⁾

FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Corregedor-Regional⁽⁴⁾

MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89

DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89

Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95⁽⁵⁾

ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95

MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95

Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97

CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98

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

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002

Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002

NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003

SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003

ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003

NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003

WALTER DO AMARAL - 21/5/2003

LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003

Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003

ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004

Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010

JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010

FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011

PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013

MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013

TORU YAMAMOTO - 04/10/2013

MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013

TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013

Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013

DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 30/12/2013.

⁽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 TURMA

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
NINO TOLDO
TORU YAMAMOTO
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
LEONEL FERREIRA - Juiz Federal
FERNÃO POMPEO - Juiz Federal

TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES
CECÍLIA MARCONDES
NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA - Presidente

QUARTA TURMA

ANDRÉ NABARRETE - Presidente
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO
MÔNICA NOBRE

QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI
ANTONIO CEDENHO - Presidente
PAULO FONTES

SEXTA TURMA

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

SÉTIMA TURMA

DIVA MALERBI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
MARCELO SARAIVA
DOUGLAS GONZALES - Juiz Federal

OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
CECILIA MELLO
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

NONA TURMA

MARISA SANTOS - Presidente
NELSON BERNARDES
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO

DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSIA

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)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A competência sancionadora das agências reguladoras no Direito brasileiro: breves comentários

Heraldo Garcia Vitta 15

Da imprescindibilidade de anuência do INPI para homologação de acordo formulado entre autor e réu nas ações de nulidade de marcas, patentes e desenhos industriais

Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza 33

Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados

Leonardo Estevam de Assis Zanini 43

Ambiente contemporâneo, positivismo e juiz ordinário

José Carlos Francisco 65

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Arguição de Inconstitucionalidade. Mandado de Segurança coletivo. Entidades de assistência social. COFINS. Imunidade. Artigo 195, § 7º, da Constituição Federal. Lei Complementar nº 70/1991, art. 6º, III. Isenção. Art. 14, X, da Medida Provisória nº 2158-35/2001. ArgInc 0005632-73.2004.4.03.6102

Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes 87

COMENTÁRIOS

Clécio Braschi 113

Eliane Dorico 125

Mauro Spalding 131

Rosana Ferri 135

Valdeci dos Santos 141

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO AMBIENTAL

Ação civil pública. Proteção ao meio ambiente. Prescrição. Inocorrência. Ocupação e edificação em área de preservação permanente ciliar. Dano ambiental configurado “in re ipsa”. Responsabilidade objetiva e “propter rem” do possuidor.

AC 0001390-42.2002.4.03.6102

Desembargadora Federal Alda Basto.....151

DIREITO ADMINISTRATIVO

Servidor. Policial rodoviário federal. Adicional de insalubridade ou periculosidade. Necessidade de comprovação de habitualidade e permanência. Laudo.

ApelReex 0002779-77.2002.4.03.6000

Desembargador Federal André Nekatschalow 173

Improbidade administrativa. Dano ao erário. Ação de ressarcimento. Prescrição. Auditor fiscal do tesouro nacional. Grupo especial de fiscalização.

AC 0029136-51.2003.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 183

Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais, materiais e estéticos. Atropelamento de transeunte em via férrea.

AC 0015527-30.2005.4.03.6100

Desembargador Federal André Nabarrete 200

EBCT. Agência dos correios franqueada. Rescisão indireta do contrato. Legalidade. Desvio de finalidade do contrato. Prevalência do interesse público sobre o particular.

AMS 0013089-89.2009.4.03.6100

Desembargador Federal Márcio Moraes..... 219

Conselho Regional de Educação Física. Profissional de boxe. Esporte de combate. Ausência de correlação com a lei. Prova preconstituída. Direito líquido e certo.

AMS 0015456-52.2010.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken 227

Conselho Regional de Educação Física. Ginástica laboral. Possibilidade de atuação por parte dos fisioterapeutas. Livre exercício do trabalho.

AC 0014755-57.2011.4.03.6100

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 236

Ação Civil Pública. Pedido de antecipação de tutela. Condenação da União e do Estado de São Paulo a fornecerem aos portadores de hemofilia tipo “A” um determinado medicamento como meio de profilaxia e não sob demanda.

AI 0039360-34.2011.4.03.0000

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 245

Conselho Federal da OAB. Exercício da advocacia por profissionais egressos da Magistratura. Restrições. Sociedade de advogados.

SLAT 0023923-79.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 250

DIREITO PENAL

Crime contra o Sistema Financeiro. Gestão temerária. Autoria coletiva. Individualização das condutas. Gerentes de banco. Gestores. Ações em descompasso com regras “interna corporis”. Rolagem de dívidas. Concessão de empréstimos. Ações ousadas. Responsabilização pessoal. Clientes pessoa jurídica. Operações sem lastro. Estelionato.

ACr 0000808-67.2000.4.03.6181

Desembargadora Federal Cecilia Mello 257

Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Evasão de divisas. Manutenção de depósitos no exterior não declarados. Repartição federal competente.

ACr 0006565-95.2007.4.03.6181

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....276

Tráfico internacional de drogas: competência da Justiça Federal. Sentença que afastou a transnacionalidade do delito. Incompetência do juízo para a condenação. Transnacionalidade reconhecida em sede recursal.

ACr 0003308-86.2008.4.03.6000

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita.....283

Tráfico de entorpecentes. Causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Regime de cumprimento. Substituição de pena.

ACr 0003664-15.2008.4.03.6119

Desembargador Federal Peixoto Junior 300

Crimes de descaminho e falsificação, corrupção, adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Inocorrência de erro sobre elemento de tipo e ilicitude do fato. Atenuante de confissão. Impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal.

ACr 0011193-59.2009.4.03.6181

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 308

Exploração de máquinas de caça-níquel. Princípio da consunção. Princípio da insignificância.

REsp ACr 0000842-88.2010.4.03.6117

Desembargadora Federal Salette Nascimento.....317

Descaminho. Pagamento dos tributos devidos com quantia apreendida em poder do acusado. Extinção da punibilidade. Impossibilidade.

HC 0027582-67.2011.4.03.0000

Desembargador Federal José Lunardelli..... 321

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Legislação vigente à época do óbito.

Ag AC 0002295-95.2002.4.03.6183

Desembargador Federal Nelson Bernardes 329

Pensão por morte. Dependente maior designado (filha). Pensionista do sexo feminino. Casamento após a vigência da Lei nº 8.213/1991. Aplicação do Decreto nº 89.312/1984. Ausência de direito adquirido.

REOMS 0000271-36.2004.4.03.6115

Desembargador Federal Souza Ribeiro 342

Pensão por morte. Menores sob guarda. Óbito após a Lei nº 9.528/1997. Possibilidade. Artigo 33, § 3º, do ECA. Dependência econômica comprovada.

Ag ApelReex 0002883-34.2005.4.03.6107

Desembargadora Federal Diva Malerbi 347

Pensão por morte. Ex-combatente. Reversão. Vantagens da Lei nº 4.297/1963. Impossibilidade.

Ag AC 0006556-44.2005.4.03.6104

Juiz Federal Convocado Douglas Gonzales 354

Ação Rescisória. Aposentadoria por idade. Trabalhador rural. Violação a literal disposição de lei. Documento novo que asseguraria pronunciamento favorável na demanda subjacente. Rescisão do julgado. Novo julgamento.

AR 0008924-68.2006.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 360

Ação Rescisória. Pensão por morte. Erro de fato. Reexame da causa. Impossibilidade.

AR 0093195-73.2007.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 369

Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Não preenchidos os requisitos legais. Decisão fundamentada.

Ag AC 0002864-86.2008.4.03.6183

Desembargadora Federal Tânia Marangoni 392

Auxílio-acidente. Restabelecimento. Natureza acidentária. Cumulação com aposentadoria por tempo de contribuição. Competência. Justiça Federal.

EDcl AC 0004980-31.2009.4.03.6183

Desembargador Federal Walter do Amaral 399

Benefício assistencial. Artigo 203, V, da CF e Lei nº 8.742/1993. Requisito financeiro estabelecido na lei. STF. Análise do caso concreto.

Ag AC 0001646-50.2011.4.03.6140

Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 402

Concessão do benefício de salário maternidade para o pai das crianças. Abandono materno. Analogia.

AC 0001684-04.2011.4.03.6127

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 406

Auxílio-reclusão. Salário de contribuição. Carência.

AC 0004994-29.2012.4.03.6112

Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 408

Auxílio doença. Aposentadoria por invalidez. Perda da qualidade de segurado. Não ocorrência. Incapacidade parcial. Livre convencimento motivado. Averiguação das condições pessoais. Possibilidade. Atividade laborativa. Não impedimento. Necessidade de subsistência.

Ag AC 0033480-03.2012.4.03.9999

Desembargador Federal Baptista Pereira 413

Licença-paternidade nos moldes do salário-maternidade. Concessão da tutela antecipada mantida. Artigos 226 e 227 da CF.

Ag AI 0036057-75.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 421

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Acórdão omissivo em parte. Efeitos infringentes. Suficiente decisão de tribunal superior. Ação de indenização. Imissão provisória na posse. Desistência ação de desapropriação. Juros de mora a partir da citação. Honorários advocatícios. Compensação. “Reformatio in pejus”.

EDcl AC 0041493-49.1992.4.03.6100

Desembargador Federal Nilton dos Santos.....429

Ação Civil Pública. Defesa interesses individuais homogêneos. Existência de jurisprudência dominante. Possibilidade. Interesse social. Moradia. Caracterização. Cobertura do FCVS.

Ag AC 0013101-68.2007.4.03.6102

Desembargador Federal Paulo Fontes 435

Título executivo garantidor da implantação de pensão por morte cujo instituidor fora funcionário público federal. Sentença rescidenda, em fase de execução, que reconhece a nulidade do processo, desde a citação, diante da ilegitimidade passiva do INSS. Extinção anômala do processo.

AR 0005847-80.2008.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 443

Embargos à execução. Desapropriação indireta. Realização de nova prova pericial para aferição do valor do imóvel. Vícios na avaliação. Indenização fixada em montante excessivo. Teoria da relativização da coisa julgada. Deferimento da nova perícia.

AI 0034148-95.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini 464

Mandado de Segurança. Indeferimento da inicial. Agravo Regimental. Ação Penal. Pedido de produção de prova indeferido. Correição Parcial não conhecida. Não configurado ato ilegal, abusivo ou teratológico a justificar a impetração.

AgRg MS 0010670-24.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia 472

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Sequestro de aeronaves nos autos de inquérito policial. Crime de descaminho. Entrada de aviões no território nacional com ânimo de permanência sem o pagamento dos tributos devidos. Ultrapassado o prazo de ingresso temporário nomeação de fiel depositário a fim de evitar a deterioração do bem. Fixação de caução mediante fiança bancária.

ACr 0039361-58.2012.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 481

“Habeas Corpus”. Prisão preventiva. Crime contra o INSS (“Operação Agenda”). Reiteração de pedido sob alegação de fatos novos. Possibilidade desde que não se discuta questões já enfrentadas pelo colegiado. Reiteração de conduta do paciente que se evade quando da expedição do mandado de prisão. Risco à aplicação da lei penal novamente caracterizado.

HC 0023559-10.2013.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Fernão Pompêo 491

DIREITO TRIBUTÁRIO

Anulatória de débito fiscal. Contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros. Decadência quinquenal. Verbas de natureza indenizatória. Não incidência das contribuições. Relação de emprego verificada pela fiscalização do INSS.

ApelReex 0025354-36.2003.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira 499

COFINS. Creditamento. Insumos. Lei nº 10.833/2003 e alterações dadas pela Lei nº 10.865/2004. Legitimidade.

Ag AMS 0006258-56.2004.4.03.6114

Desembargador Federal Nery Júnior 509

COFINS. Constitucionalidade da cobrança na forma da Lei Complementar nº 70/1991. Lei nº 9.718/1998, artigo 3º, § 1º. Inconstitucionalidade. Alíquota. Majoração. Constitucionalidade. ICMS. Inclusão na base de cálculo da COFINS e PIS. Legalidade.

AC 0005170-89.2009.4.03.9999

Desembargadora Federal Marli Ferreira 517

Parcelamento da Lei nº 11.941/2009 - REFIS. Portaria Conjunta PGN/RFB nº 06/2011. Requisitos à consolidação dos débitos.

Ag AI 0031895-37.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 530

SENTENÇAS

<i>Astrazeneca. INPI. Anulação de decisão que indeferiu a concessão de patente.</i> 0009763-92.2007.4.03.6100 Juiz Federal Djalma Moreira Gomes.....	539
<i>Delito previsto no artigo 334, § 1º, “c”, do CP. Posse de várias caixas de cigarros vindos do Paraguai. Finalidade comercial da conduta. Princípio da insignificância: inaplicabilidade.</i> 0010812-10.2008.4.03.6109 Juiz Federal Miguel Florestano Neto.....	555
<i>Condutas tipificadas no artigo 20, § 2º, da Lei nº 7.716/1989. Manifestação de pensamento exarada em fórum da internet, apesar de consistir em indubitável “hate speech”, ou discurso de ódio, não traz risco aumentado de ofensa a bem jurídico inerente ao tipo penal a que ora responde</i> 0005246-24.2009.4.03.6181 Juíza Federal Adriana Freisleben de Zanetti	564
<i>Ação Penal. Supressão ou redução de pagamento de IRPJ E CSLL, mediante omissão de informações quanto às receitas auferidas e prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias.</i> 0001920-22.2010.4.03.6181 Juiz Federal Toru Yamamoto	568
<i>Carreira de magistério de ensino básico. Progressão por titulação. Lei nº 11.344/2006.</i> 0002027-75.2011.4.03.6102 Juiz Federal David Diniz.....	576
<i>Execução Fiscal. Cobrança de multa pelo IBAMA. Autuação por posse de pássaros da fauna silvestre. Princípio da razoabilidade.</i> 0050940-42.2011.4.03.6182 Juiz Federal Higino Cinacchi Junior	582
<i>Ação Civil Pública. Autorizações e licenças de queima controlada da palha da cana-de-açúcar nas plantações. Declaração de nulidade e abstenção de conceder novas autorizações na Subseção Judiciária de Piracicaba sem prévia elaboração de EIA/RIMA.</i> 0002693-21.2012.4.03.6109 Juíza Federal Daniela Paulovich de Lima	586
<i>Ação de conhecimento – RRA (Rendimentos recebidos acumuladamente) sobre os quais a não demonstrar a parte autora o seu capital ônus, a sua realidade vencimental a cada mês do ano-base de “indébito” assim afirmado, consistente na soma de tudo ali recebido então com o acréscimo de fração do “atrasado” recebido ao futuro e tributado em IR de uma única vez, este o foco do litígio.</i> 0004065-08.2012.4.03.6108 Juiz Federal José Francisco da Silva Neto	607

Ação Civil Pública. Obrigação de fazer de identificar, cadastrar e demarcar todos os terrenos de marinha e seus acrescidos nos municípios de Caraguatatuba, Ilhabela e São Sebastião, registrando a linha demarcatória e os referidos terrenos de marinha nos cartórios de registro de imóveis competentes.

0004423-85.2012.4.03.6103

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 610

Embargos à Execução. Cobrança de débitos previdenciários. Sucessão. Grupo econômico em escala global. Falência e negativa de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça Estadual.

0035206-17.2012.4.03.6182

Juiz Federal Renato Lopes Becho 615

Estágio não obrigatório. Recusa da universidade em assinar o termo de estágio em razão do coeficiente acadêmico do aluno não ser maior ou igual a dois. Ato antieducativo.

0000114-24.2013.4.03.6317

Juiz Federal Paulo Bueno de Azevedo 627

Ação Criminal. Tráfico transnacional de substância entorpecente. Prisão em flagrante.

0000779-79.2013.4.03.6110

Juíza Federal Sylvia Marlene de Castro Figueiredo 630

SÚMULAS 657



Artigos Doutrinários

A competência sancionadora das agências reguladoras no Direito brasileiro: breves comentários¹



Heraldo Garcia Vitta

Professor de Direito Administrativo. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Juiz Federal em Campo Grande/MS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sistema norte-americano e as agências reguladoras. 3. O regime jurídico brasileiro (legalidade). 4. A supremacia geral e a supremacia especial (do Estado). 5. As agências reguladoras no Brasil. 5-A. O “Direito Regulatório” e as agências reguladoras. 6. Conclusões a respeito das penalidades administrativas impostas por agências reguladoras. Bibliografia.

1. Introdução.

Este singelo artigo visa contribuir, de algum modo, com tema a respeito do qual os doutrinadores têm opiniões, ou estudos, divergentes: a competência sancionadora das agências reguladoras.

Para essa finalidade, aborda-se a temática numa perspectiva *global e unitária do Direito*, mas sem desbordar da Constituição brasileira. Portanto, analisam-se algumas questões sob o prisma da *interpretação sistêmica do Direito nacional*.

Logo, o foco do trabalho concerne à possibilidade, ou não, de aplicarem-se, ao

regime jurídico nacional, as linhas gerais do sistema norte-americano, local onde mais se difundiram as agências reguladoras.

Reconhece-se a distinção entre supremacia geral e supremacia especial do Estado, âmbitos de atuação das agências reguladoras. A diferença de regime jurídico permite consequências relevantes.

Conclui-se no sentido de que as agências reguladoras devem submeter-se ao regime determinado na Constituição Federal *brasileira* e nas leis do país.

Evidentemente, as eventuais críticas são destinadas ao *modelo jurídico*, e não aos servidores das agências reguladoras.

¹ Artigo extraído por ocasião da palestra proferida no dia 03 de agosto de 2012, no *I Congresso de Direito Administrativo Paulista*, realizado pelo Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP) e pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

2. O sistema norte-americano e as agências reguladoras.

As agências reguladoras são difundidas no *sistema jurídico norte-americano*, por conta das peculiaridades culturais naquele país. De *maneira geral*, podem ser extraídas três proposições referentes ao Direito “regulatório” nos Estados Unidos: a) o texto da Constituição, praticamente, nada estabelece a respeito de órgãos governamentais; b) o Congresso tem amplo arbítrio para decidir sobre a criação de órgãos, sobre os poderes que lhes devem ser conferidos e a posição que devem ocupar na estrutura burocrática; c) como regra geral, os órgãos governamentais precisam de algum tipo de relacionamento com o Presidente da República; mas a Constituição não especifica, de modo exato e significativo, a forma pela qual isso ocorre. Então, essa matéria desenvolve-se mediante interpretação jurídica da própria Constituição.²

Assim, as agências reguladoras têm atribuições, competências, estruturas e independência, à medida da configuração adotada pelo Parlamento; o Congresso é o mentor das agências reguladoras nos Estados Unidos.

A *rigor*, no *sistema norte-americano*, elas detêm competências (a) *normativa*, (b) “*de decisão*”, e (c) *jurisdicional*.

Dessa maneira, (a) estabelecem normas, de observância obrigatória – *delegação legislativa* do Congresso; (b) decidem casos concretos, com a peculiaridade de que não podem ser contrastadas por autoridades estranhas ao órgão; e (c) resolvem os litígios de sua alçada, pouco restando ao Judiciário, quanto à análise dessas decisões tomadas – o juiz adstringe-se à verificação da *legalidade* das ações desses órgãos.

Evidentemente, deve-se constatar se o regime norte-americano tem *perfeita* sincronia com o regime brasileiro; e, para tanto, é preciso analisar o contexto *jurídico-nacional*, ou seja, o complexo de princípios e normas colhidos no sistema normativo.

A princípio, pode-se dizer o seguinte: no Direito norte-americano, a história intelectual, quanto à análise da Constituição, advém do *pragmatismo inglês*, em vez de uma teoria (continental). Peter L. Strauss afirma:

*Não dispomos de nenhuma teoria abrangente a respeito de quando instituir cada tipo de órgão ou de quando lhe conferir os vários poderes possíveis. Em vez disso, contamos com mais de dois séculos de tentativas nesta ou naquela direção, normalmente empreendidas com motivos específicos em cada caso.*³

Com efeito, no *direito anglo-saxão*, (a) há *diluição da noção de Estado*, não se vê nele entidade unitária e autônoma, ou centro de relações jurídicas, marcadas por “poderes especiais”; e (b) há *heterogeneidade de fontes normativas*, devido à descentralização de entidades, com meios jurídicos variados, aos quais “baqueia a distinção entre direito público e direito privado.”⁴

As consequências dessas afirmações parecem óbvias; como expõe Luis S. Cabral de Moncada:

A produção *legislativa parlamentar* é *mais escassa* e menos rica, com a consequência da *ampla liberdade da Administração*. A quem compete condicionar e limitar tal liberdade [da Administração] é, consequentemente, ao juiz, muito mais que ao legislador. O *alcance da legalidade* decorre assim das relações entre a *Administração* e o *juiz*,

2 STRAUSS, Peter L. Órgãos do sistema federal americano – sua responsabilidade e posicionamento. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 19. Explica, esse autor, que o relacionamento da Presidência da República é de *supervisão*, e não de *controle* (*Ibidem*, p. 28).

3 *Ibidem*, p. 21, destaques não originais.

4 CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Rule of law*, procedimento normativo e legalidade: uma perspectiva comparada. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 119-120, destaques não originais.

muito mais que das *relações entre a lei e Administração*.⁵

Realmente, ao “copiar-se” determinado instituto “alienígena”, é necessário observar *dois pontos cardiais*, necessariamente *imbricados*: o que estabelece a Constituição brasileira – notadamente, a *interpretação dela*; e o plexo de normas e princípios existentes *no sistema*, mediante a *interpretação sistemática*.⁶

Há muito tempo, a doutrina não ter-giversa a respeito das conclusões quanto à aplicação do *direito estrangeiro* (mediante a técnica da comparação – *método comparativo*). Como protótipo, palavras de F. Larnaude, emérito professor francês:

Se nós encontramos no Direito estrangeiro as mesmas regras que no nosso, o princípio assim consagrado aqui e lá adquirirá senão que um grau mais alto de *certeza e autoridade*. Mas este não é o resultado essencial que persegue o método de observação *comparativa*; *ele raramente chegará às identidades e às similitudes tão absolutas*. Bem mais frequentemente, ele nos fará descobrir, ao contrário, *tipos nacionais ou autóctones* de instituições, isto é, formas *propriamente nacionais*, procedimentos jurídicos ou legislativos *exclusivamente e propriamente nacionais* de atingir certos *fins* que, em outros países, seriam perseguidos *por outros meios*.⁷

Portanto, deve-se indagar: como se coloca o problema *das agências reguladoras* em face da *Constituição brasileira*?

3. O regime jurídico brasileiro (legalidade).⁸

Inicialmente, convém esclarecer, não se está a analisar o objeto de estudo mediante uma mera *interpretação retrospectiva*, na qual se analisaria o *texto novo* de forma a que ele, na verdade, nada inove; de acordo com esse método, tanto quanto possível, a nova legislação deveria ficar parecida com o *texto antigo*.

Absolutamente! A questão é simpli-císsima; não se pode descurar, olvidar, do regime *nacional*, do conjunto de *regras e princípios (normas)* propriamente *brasileiro*. Sob pena de rasgar-se o Texto Constitucional, infringir-se o *regime democrático de Direito*. Pois, a perquirição é considerada *retrospectiva* apenas num sentido: a novel legislação adstringe-se à ordenação normativa existente no sistema; logo, a nova lei encontra-se vinculada, enredada, ao conjunto sistemático de todas as normas, bem como aos valores subjacentes à Constituição.

Assim, seguindo a tradição continental europeia, o Direito brasileiro contém *princípios, regras e valores* consubstanciados no *Texto Constitucional*, que é, como se sabe, bastante minucioso, ao trazer pormenores em diversas matérias e pontos considerados fundamentais pelo Poder Constituinte. A Constituição do Brasil é prolixa, traça parâmetros normativos a todos os Poderes e órgãos, especialmente com as *normas programáticas*, as quais, quando menos, indicam *finalidades* a serem cumpridas pelo Estado.

Além disso, o direito nacional [assim como ocorre na Europa], especialmente, o *Direito Público*, está sedimentado, cristalizado, em *teorias*, as quais são estudadas e

5 *Ibidem*, p. 137.

6 VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130.

7 COLLÈGE LIBRE DES SCIENCES SOCIALES – 1910. *Les méthodes juridiques*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1911, p. 22, destaques não originais.

8 Abstraímos deste estudo o tema do *controle jurisdicional* de atos e fatos praticados pelas agências reguladoras. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é categórico: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a lesão*.” (destaques não originais). Trata-se de *direito fundamental*, que deve ter *máxima eficácia*.



analisadas, por *doutrinadores*, a partir do sistema jurídico.

É verdade, a *jurisprudência*, conhecida pelas *decisões reiteradas*, visa à resolução de *casos concretos*, portanto, os juízes levam em conta os elementos da vida, inerentes à *situação concreta*; mas recebem os influxos dos ensinamentos da *doutrina e da teorização* do Direito.

Como aos doutrinadores incumbe *teorizar* o sistema normativo, definindo e classificando os objetos, fácil concluir quanto à influência desses profissionais no dia a dia forense.

Então, no regime jurídico brasileiro, há um *sistema de regras e princípios*, aliás, muitos deles expressos, *teorizado*, para a aplicação no caso concreto. Assim, o raciocínio, entre nós, é *dedutivo*; parte-se do sistema jurídico, das normas, para a solução do caso concreto.⁹ Nesse sentido, as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Brasil, por exemplo, onde o Direito Administrativo não teve origem pretoriana [como no sistema inglês] e no qual o *Judiciário é que segue as lições da doutrina* – e não o inverso – não faria sentido o estudo do Direito a partir do

case method, pois não levaria a ensinar *praticamente nada de útil*. É que o obtido por tal meio não ambientaria o estudante com o espírito e a mentalidade do Direito que teria de penetrar, nem o instrumentaria com o conhecimento legislativo, com as técnicas de seu manejo e com o *hábito dedutivo* que teria de cultivar.¹⁰

Colocadas essas premissas, alinham-se as citações seguintes, relativas ao *princípio da legalidade*.

Se, (1) *de um lado*, o Direito brasileiro (a) não acolhe a denominada *reserva legal*, cunhada, inicialmente, na doutrina alemã, e expandida na Europa, na qual para determinada matéria, expressamente delineadas na Constituição, sobretudo no tema dos direitos fundamentais, o Poder Público carece de lei para atuar;¹¹ e nem adota (b) a *teoria da essencialidade*, aceita pela jurisprudência alemã, segundo a qual para certos temas, considerados fundamentais, haveria necessidade de lei;¹² (2) *de outro*, o regime nacional exige, para *innovar na ordem jurídica*, a edição de lei, formal, pelo Poder Legislativo.¹³

Sob a égide do Texto Constitucional anterior, que, no ponto, não diverge do atual, expõe Geraldo Ataliba:

Assim, a Constituição consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer [alguma coisa] a não ser em virtude de lei. Isto significa que, no Brasil, só lei obriga, e nenhuma norma, a não ser a legal, pode ter força inovadora obrigatória (nisso o nosso

9 Mesmo que o intérprete analise o caso concreto e a norma legal e vice-versa, num método, por assim dizer, circular, a *conclusão [final]* desse processo só pode advir da *dedução*, por conta do *raciocínio lógico utilizado para a compreensão do sistema jurídico*.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 43, rodapé 23, destaques não originais.

11 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. I, p. 98 e ss.

12 MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 64.

13 Extraímos o tema das *medidas provisórias*, que têm eficácia de lei, sob condições e termos (cf. art. 62 da CF, alterado pela EC nº 32, de 11/09/2001).

regime é peculiar e mais estrito que a maioria do direito comparado).¹⁴

Cuida-se de critério *dogmático*, portanto, extraído do Texto Constitucional: “justificação legal” (*jure constituto*).

Para a verificação do acerto dessa proposição doutrinária, basta simples leitura dos artigos 5º, II; e 37, *caput*; e 84, IV, do Texto Constitucional; quanto aos Ministros de Estado, o artigo 87, parágrafo único, da Constituição Federal; e o artigo 25 *do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, o qual *revogou* os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente quanto à ação normativa.¹⁵

Já, sob o *prisma prático* (*jure constituendo*), nos países do continente europeu, cujos traços o Brasil adota, a *função administrativa é subordinada à função legislativa* de dois modos, de acordo com Federico Cammeo: esta determina os *fins* do Estado e estabelece os *meios* para atingi-los, bem como os *limites* aos quais a ação concreta do Estado está *subordinada*.¹⁶ Ou, nas palavras de Re-

nato Alessi, numa apertada síntese, a função administrativa é *complementar* à função legislativa, além de estar *subordinada* a ela.¹⁷

Essas ideias, ou noções, fundamentais decorrem da *teoria da divisão das funções estatais* (historicamente: dentre outros, Aristóteles e Montesquieu); a qual tem guarida no Texto Constitucional (art. 2º).

Consta, nesse artigo, a *tripartição* de “Poderes” (órgãos do Estado, que realizam funções estatais); assim, nenhum deles pode imiscuir-se na seara do outro, salvo nos casos expressamente permitidos pela *própria Constituição*.

Há, pois, *coordenação* das funções desses órgãos, porém, demarcada, plenamente, *exaustivamente, na Constituição*. Isso garante a autonomia política dos “Poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário, estrutura inarredável no *regime democrático de Direito*.

Dessa maneira, os *regulamentos*, “veiculados”, na maior parte das vezes, por *decretos*,¹⁸ cabem apenas em certas hipóteses, plenamente *justificadas*, perante o ordenamento: além de não inovarem na ordem jurídica, *dependem* de lei [prévia] para serem expedidos – trata-se de regulamentos de *execução de leis* (art. 84, IV, da CF).

Assim, *após a edição da lei*, os regulamentos, *sem inovar* na ordem do Direito, podem referir: (a) questões *técnicas* (relativas à *temática da legislação*), em face de expressões “latas” (conceitos amplos), *contidas na lei*, a qual defere, expressa ou implicitamente,

belecem os *fins*, os *limites* e, às vezes, os próprios *meios* da *ação administrativa*.

14 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolêa Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

15 Apesar disso, o artigo 84, VI, letra “b”, com redação da *Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001*, permite ao Presidente da República *extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos*. Essa norma nos parece inconstitucional, eis que funções e cargos são criados por leis (art. 61 da CF); não poderiam ser extintos por decretos; não se atende à *uniformidade das formas* (grosso modo, algo criado, instituído, por dada espécie de ato jurídico, só poderia ser extinto pela mesma forma, ou por ato jurídico superior), o qual decorre do sistema jurídico, como *princípio geral de Direito*: ato administrativo, inferior, não pode modificar algo referido em lei (ato jurídico superior). Ademais, haveria ofensa à *separação das funções estatais*, estatuída no artigo 2º da CF. O Executivo invade atribuição do Congresso, a de legislar. A *Emenda Constitucional nº 32*, no ponto, é inconstitucional, ante o teor do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal.

16 CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani/CEDAM, 1960, p. 13. Pode-se acrescentar aos ensinamentos desse competente autor as normas do *Texto Constitucional* que, dentre outros fatores, delimitam a *ação legislativa*, bem como esta-

17 ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 5. Nesse sentido, com citações desse renomado autor italiano: VITTA, Herald Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 70.

18 Decretos, *de regra*, são abstratos, impessoais, gerais – mas não inovam na ordem jurídica; são expedidos, *como regra*, pelo *Chefe do Executivo*, para *operacionalizar a aplicação das leis* aos administrados. Autoridades subalternas podem expedir outros *atos administrativos normativos* abstratos como instruções e outros do gênero.

ao *regulamento*, a possibilidade de operacionalizá-la,¹⁹ visando aplicá-la, *atualizá-la*, no ângulo da *técnica*, devido ao *avanço tecnológico*, hipótese de uso de aparelhos de segurança nas indústrias, nos veículos; ou (b) questões que demandem *discrecionariiedade* da autoridade administrativa, portanto, nos casos de *conveniência e oportunidade*, “conferidas” pela lei – na qual a Administração tem margem de atuação –, visando, justamente, dar “aplicação prática” à lei, devido aos imperativos da *segurança jurídica* e da *igualdade* (aplicação da lei, pelos órgãos administrativos, de forma “igualitária”).

Nos casos de *averiguação e operacionalização técnica*, expõe Ricardo Marcondes Martins, a regulamentação pode ser feita *diretamente pelo respectivo órgão técnico*, devido à rápida mudança das situações fáticas. Segundo o autor, o arrolamento de substâncias que causem dependência física ou psíquica pode ser efetuado *por portaria da Secretaria da Saúde*.²⁰

A aplicação do princípio da legalidade não possui a mesma “consistência” em todas as situações jurídicas; pois, em dados casos, é possível “certa mitigação” dele, *em prol do interesse público*. Nesse sentido, deve-se fazer o *discrime* entre *supremacia especial*, ou *sujeição especial* [do Estado], e *supremacia geral* [do Estado].

4. A supremacia geral e a supremacia especial (do Estado).

Um dos pilares do Direito Administrativo, conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, é a *supremacia do interesse público sobre o do particular*.²¹ Assim, o Estado-

Administração detém certas *prerrogativas*, conferidas por leis, ou decorrentes do sistema normativo, com as quais maneja o interesse público, *sem prejuízo* dos direitos, sobretudo fundamentais, dos particulares.

Essa supremacia estatal pode ser *geral e especial*.²² Na primeira hipótese, a Administração, por meio de lei (princípio da legalidade), “exerce” a *atividade administrativa* (edita atos e realiza fatos; fiscaliza, impõe penalidades), com alcance, ou extensão, *geral*: a supremacia geral *atina à generalidade das pessoas*.²³

Um dos casos de supremacia geral é a *Polícia Administrativa*, pela qual, agentes públicos, nos termos das leis, “contendem” a “ação” dos particulares; isto é, a Administração *delimita a liberdade e propriedade* das pessoas em geral, em benefício do *interesse público*.²⁴

Basta verificar o sistema de rodízio de veículos nos grandes centros urbanos, os parâmetros da propriedade privada, a proteção ao ambiente pelos órgãos respectivos etc.

Já, na supremacia *especial*, a Administração extrai da *relação jurídica*, travada com particulares, os *confin*s e os *limites* de ação. Nesse tipo de expressão do Estado, embora o

público e a indisponibilidade do interesse público (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99 e ss).

22 A respeito da *origem e distinção* entre supremacia geral e especial do Estado: VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61 e ss. O *discrime* teve origem na Alemanha e alastrou-se em alguns países da Europa, como Espanha e Itália. No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello difundiu o tema, alinhando *limites positivos e negativos à supremacia especial* (*Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 843 e ss).

23 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 841.

24 No Poder de Polícia, há apenas determinação dos *confin*s jurídicos da *propriedade e liberdade* dos indivíduos; não há propriamente *limitação*, corte, desses “bens”. Por isso, preferimos a expressão “*delimitação*”. (VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77 e ss).

19 O termo “*possibilidade*”, usado no texto, está no sentido de exercício de *competência do Chefe do Poder Executivo* para regulamentar as leis. Aliás, a *competência é face de um dever*.

20 MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109.

21 Esse autor destaca dois pilares: a *supremacia do interesse*

fundamento último *seja a lei* (ao menos, os órgãos públicos devem deter competências expressas ou decorrentes do sistema), a base fundamental é o *próprio liame* travado com o particular.

Segundo Renato Alessi, a supremacia especial do Estado ocorre nas hipóteses em que o particular ingressa (a) na *esfera jurídica* do Estado (concessionários [e permissionários] de serviços públicos); ou (b) na *esfera jurídica e material* (gozo de determinados serviços públicos pelos particulares).²⁵

Nessa condição, a Administração pode (*conteúdo* da supremacia especial): (a) editar *atos normativos*, destinados a regular a *relação jurídica* (normas internas, regulamentos do serviço); (b) dar *ordens individuais* aos particulares; (c) *vigiar* as condutas deles, quanto ao cumprimento das normas internas; (d) *impor sanções* administrativas, se o comportamento for danoso aos serviços públicos.²⁶

A respeito, afirma o citado autor italiano:

Tal conteúdo é, essencialmente, complexo e múltiplo, em relação também à complexidade dos *meios necessários* para atingir a *finalidade da disciplina* do comportamento pessoal dos indivíduos que *estejam em contato com a esfera da Administração*.²⁷

25 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1974, v. I, p. 279-280.

26 *Ibidem*, p. 281. Acrescentamos a possibilidade de *imposição de medidas cautelatórias da Administração*: “Não podemos confundir a sanção administrativa com certas medidas cautelares tomadas pela administração para manter a ordem pública em casos de *extrema urgência*. Essas medidas cautelares são providências administrativas, enquanto se efetua o procedimento pertinente para a apuração da infração. Finalizado, aplicar-se-á a sanção, se verificado o ilícito; caso contrário, a medida será levantada, sem prejuízo da responsabilidade civil.” [se for, o caso]. (VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22, destaques originais).

27 ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1974, v. I, p. 281.



São exemplos de supremacia especial do Estado, dentre outros: concessionários e permissionários, o gozo de certos serviços públicos, admitidos aos particulares (bibliotecas públicas, hospitais públicos, escolas públicas), servidores públicos (“poder” disciplinar), os presos, os membros das profissões tuteladas etc.

De acordo com as lições do citado autor italiano, na supremacia especial, há *dependência acentuada* do particular, ao aparato administrativo, uma *relação pessoal e direta* com a Administração, com certo caráter de *permanência e continuidade*, não sendo suficiente, pois, a relação ou supremacia geral.²⁸

Justifica-se o reconhecimento dela, como expõe o autor espanhol Mariano López Benítez, devido “*la necesidad de operatividad y eficacia que precisa la máquina administrativa en determinados ámbitos*.”²⁹

Entretanto, ao contrário do que se entendia, por ocasião do *surgimento* da noção de supremacia especial (que ocorreu na

28 *Ibidem*, p. 279-280.

29 BENÍTEZ, Mariano López. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas, 1994, p. 40, destaques não originais.

Alemanha,³⁰ na qual havia *atuação ilimitada* do Estado), os autores, atualmente, destacam vários *limites jurídicos* dessa forma de atuação administrativa.

Não se cuida, portanto, de função absoluta, sem limites; trata-se de *função jurídica*, logo, baseada no Direito. Há lindes *jurídicos*, *dentre outros*, as atribuições dos órgãos devem estar plasmados em leis, ou serem decorrentes do sistema (implicitamente); a exigência de que a Administração atenda aos princípios do *instituto* jurídico correspondente, à proporcionalidade, à razoabilidade etc., em vista da *finalidade específica da relação jurídica* travada.³¹

Com essas considerações gerais do sistema jurídico, ver-se-ão, a seguir, em breves palavras, as *características básicas* das agências reguladoras no *Direito brasileiro*.

5. As agências reguladoras no Brasil.

No Direito brasileiro, agências reguladoras, de regra, são *autarquias*, isto é, *pessoas jurídicas* de direito público (*administrativas*, e não políticas: União, Estados e Municípios), criadas por *lei específica* (art. 37, XIX, da CF, com redação da EC n° 19, de 4/6/1998), com nuances e prerrogativas da entidade política que as criou (prazo prescricional, controle financeiro pelos Tribunais de Contas; atos e contratos administrativos etc.); detêm autonomia financeira e administrativa; patrimônio próprio; *em princípio, não têm subordinação hierárquica* com a entidade criadora (Administração Central); e, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estão sujeitas ao *princípio da especialidade*, segundo o qual cada uma delas “exerce e é especializada na

matéria que lhe foi atribuída por lei.”³²

Devido à importância de suas atividades, de interesse e finalidade públicos, os servidores das autarquias têm vínculo jurídico sob o regime *estatutário* (estabelecido, dessa forma, por meio de leis, que lhes supedita os respectivos direitos e deveres).

Especificamente no caso das *agências reguladoras*, o artigo 1° da Lei n° 9.986, de 18/7/2000 (dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras), *determinava regime de emprego* (CLT) aos servidores; mas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade da adoção dele (ADin n° 2.310-1/DF, Relator Ministro Marco Aurélio).³³

Na verdade, a característica marcante das agências reguladoras talvez seja o *mandato fixo dos seus dirigentes*³⁴ (decorrente da indicação pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, cf. art. 52, f, III, da CF), por força dos artigos 5° e 6° da Lei n° 9.986/2000.

Dessa forma, os Conselheiros e Diretores *somente perdem o mandato* em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, dentre outras condições, a serem estabelecidas em cada lei de criação da Agência (art. 9° e parágrafo único).

Essas “garantias” dos dirigentes, enunciadas na lei, permitem atuação *técnica* das agências, com *menor ingerência* política por parte da entidade criadora (Administração Central).³⁵

30 VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68 e ss.

31 Para essas e outras considerações da supremacia especial: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 841-842; VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85 e ss.

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 525

33 Essa ação de natureza constitucional perdeu objeto, pois o artigo 1° da lei combatida (Lei n° 9.986/2000) foi revogado pela Lei n° 10.871, de 20/5/2004. Assim, não há mais determinação legal para adoção do regime de emprego aos servidores das agências reguladoras.

34 Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

35 Ingerências políticas sempre haverá. Primeiro, pelo sistema de escolha dos dirigentes das agências reguladoras: no âmbito federal, indicação do Presidente da República, com

Agências reguladoras sempre existiram no Direito nacional; com outro nome, ou expressão. Assim, há o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários; outrora, o Instituto do Açúcar e do Alcool, o Instituto do Mate etc.

Contudo, desde as “privatizações” dos serviços públicos, a partir da década de 90, devido ao trespasse de atividades públicas (outrora realizadas pelo Estado) para pessoas jurídicas de *Direito Privado* não integrantes da Administração, houve a criação de entidades públicas (*agências reguladoras* = *autarquias*), com a finalidade de acompanhar e fiscalizar o desenvolvimento desses misteres (serviços públicos *concedidos* aos particulares; *concessão e permissão* de serviços públicos aos particulares).

Apesar disso, as agências reguladoras não estão adstritas à “fiscalização” e suposta regulação de *serviços públicos trespassados aos particulares*; pois, algumas delas atuam em áreas ou segmentos diversos. Numa apertada síntese, seriam as seguintes searas de atuação (sem pretensão de enumerar as espécies de agências reguladoras):

a) no setor privado: 1) *Agência Nacional do Petróleo* (ANP: Lei nº 9.478, de 6/8/1997), relativa à *atividade econômica do monopólio estatal* de exploração e produção de petróleo (art. 177, I e IV, da CF, com redação da EC nº 09, de 9/11/1995); 2) *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* (ANVISA: Lei nº 9.782, de 26/1/1999), ao atuar como *Polícia Administrativa*,³⁶ no *controle sanitário* (saúde)

de) de produtos e serviços, quanto à produção e comercialização, ambientes e controle nos portos, aeroportos e fronteiras (art. 6º da Lei); 3) *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (ANS: Lei nº 9.961, de 28/1/2000), também como *Polícia Administrativa*, quanto aos serviços de saúde, desempenhados por particulares (art. 199, *caput*, da CF); 4) *Agência Nacional do Cinema* (ANCINE: MP nº 2.281-1, de 6/9/2001), que atua no *fomento* da atividade cultural, proporcionada por particulares;

b) no setor de *serviços públicos*: dentre outras: *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL: Lei nº 9.427, de 26/12/1996), *Agência Nacional de Telecomunicações* (ANATEL: Lei nº 9.472, de 16/7/1997);

c) no setor de *uso de bem público*: *Agência Nacional de Águas* (ANA: Lei nº 9.984, de 17/7/2000).

Ora, caso fosse adotado o entendimento de que agências reguladoras têm competência para editar *atos normativos*, com eficácia de *leis*, certamente pouco restaria ao Legislativo (*função legislativa*); e, por tabela, à Administração Pública Direta (*função administrativa*) – esta ficaria “submetida” às normas das agências reguladoras, pois não poderiam “controlá-las”, supervisioná-las.

Imagine-se, ainda, se os atos delas não pudessem ser contrastados no Judiciário ... Quase tudo ficaria sob a batuta de agências reguladoras!!!

Pois bem. O artigo 21, XI, da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº 8, de 15/8/1995, estabelece, *nos serviços de telecomunicações*, prestados mediante *autorização, concessão ou permissão*, a previsão legal da criação de um órgão regulador; no caso, a ANATEL.

O mesmo ocorre quanto ao monopólio

aprovação do Senado. Depois, essas entidades *integram a Administração Pública Indireta*, portanto, submetem-se aos ditames (*metas, finalidades, meios*) estabelecidos nas *leis*; e nos *atos administrativos superiores* da Administração Pública (Presidência da República e Ministérios, no âmbito federal).

36 Seguindo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 835 e ss), escrevemos: “Com efeito (a) a princípio, *leis*, elaboradas pelo Poder Legislativo, na função *legislativa*, estabelecem *contornos jurídicos* da propriedade e liberdade dos administrados. (...). Noutros casos, contudo, (b) o legislador atribui à Administração averiguar, *nos termos legais*, perante o caso concreto, a

esfera ou fisionomia jurídica da propriedade e liberdade dos particulares. Nesse âmbito, a Administração elabora atos e pratica comportamentos; estar-se-á diante da *Polícia Administrativa*. (*Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 23, destaques originais).

da União de *petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos*, cujo artigo 177, § 2º, III, do Texto Constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 9, de 9/11/1995: previu, mediante lei, a criação de órgão regulador; a ANP.

Ora, a singela previsão constitucional de órgãos reguladores, nesses dois casos, não tem o condão de “destruir”, obliterar, todo o sistema jurídico *constitucional*. O que o dispositivo da Constituição determina é a criação, instituição, de “órgãos reguladores”. É só!!! A norma busca “maior” *especialidade* dessas searas; almeja conferir a tomada de decisões *técnicas* nesses âmbitos. Transfere-se, da Administração Direta (órgãos públicos) para a Administração Indireta (autarquias), a “fiscalização” de algumas atividades de “interesse [ou relevância] público”.

Mas não significa a encampação, no Brasil, da argamassa jurídica (escassa, como visto) do regime norte-americano. Aliás, não tem sentido a interpretação, desejada por parte da doutrina, de que a instituição de agências reguladoras visaria conferir segurança jurídica (credibilidade) aos investidores [logicamente, *internacionais* ...!!!], por conta das características [*americanizadas*] delas.

Ora, tanto a *especialidade das agências reguladoras* quanto a *tecnicidade* das decisões tomadas por elas, já *conferem segurança jurídica*. (Sem falar nos *mandatos fixos dos dirigentes*, por força de leis). É o *quanto basta*, em face do *Direito brasileiro*.

5-A. O “Direito Regulatório” e as agências reguladoras.

Para “justificar” a pretendida “extensão” das competências das agências reguladoras, a doutrina tem destacado algumas *características do regime jurídico “regulatório”*: flexibilidade, consensualidade, setorização, atuação especializada e autonomia na relação com o Executivo.

a) A respeito da *flexibilidade*, não há novidade; o Direito Administrativo tem, como *características essenciais*, que o distingue de outras disciplinas jurídicas, a *extrema diversidade* de seu objeto, a *mobilidade de suas disposições* e a *falta de codificação*. Afirmção do professor francês H. Berthélemy (em 1.910!!!!).³⁷

Ademais, essa flexibilidade só pode ser concebida num aspecto, ou sentido, *relativo*; pois, diz Ruy Cirne Lima,³⁸ a *finalidade*, no Direito Público, é *cogente*; a *relação de administração é imperativa*, imposta pela lei; o *dever e a finalidade* predominam – ao contrário do Direito Privado, no qual prevalece a *autonomia da vontade*.³⁹

Depois, os *meios* devem ser fixados em *leis*, pois são importantes “instrumentos” pelos quais a Administração obtém resultados *práticos* na sua atividade administrativa [pretendidos na *lei* que lhes outorga competências].

Assim, deixar os meios ao alvedrio das agências reguladoras – como deseja parte da doutrina –, seria o mesmo que conceder, utilizando expressão de Caio Tácito (quanto às competências), um “cheque em branco”.

Nos dias atuais, devido ao *regime democrático de Direito*, os *meios* devem ser “controlados”, juridicamente, adstritos a parâmetros *prévios, normativos*, pois são

37 “Méthode applicable à l'étude du droit administratif”, in: COLLÈGE LIBRE DES SCIENCES SOCIALES – 1910. *Les méthodes juridiques*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1911, p. 64. Ao rol do autor, acrescentamos, inúmeras *leis esparsas*.

38 Segundo o autor, a *finalidade* domina e governa a atividade administrativa (LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Santa Maria, 1953, p. 26). Afirmava o eminente doutrinador gaúcho: “Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.” (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 2).

39 Mesmo no Direito Privado, a autonomia da vontade circunscreve-se às normas da ordenação, como aquelas pertinentes à função social do contrato, à função social da propriedade etc.

*instrumentos, ou formas, de “ação” da “potestade do Estado”.*⁴⁰

Nem o *princípio da eficiência* (art. 37, *caput*, da CF, com redação da EC nº 19/1998) seria suficiente para justificar os “poderes” amplos das agências reguladoras. É que esse princípio deve “conviver” com os demais princípios do ordenamento; não pode ser visto fora do mundo jurídico, como se fosse algo isolado do contexto normativo. E, dentre os princípios referidos na Constituição, o da *legalidade* impõe obediência à *lei* por todos os agentes públicos, “sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado”, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁴¹

Ser *eficiente* é cumprir as *determinações legais*, atender à *Constituição Federal*, com *eficácia* (social); nas palavras de Hely Lopes Meirelles, com produtividade e rendimento funcional.⁴²

Na verdade, o princípio da eficiência é o *dever de boa administração* [há muito estudado na doutrina italiana], inerente ao regime *democrático de Direito*.⁴³

b) Com fundamento na *consensualidade*, a agência realizaria acordos, num sentido amplo, com o particular.

Mas, para serem *válidos*, pressupõem *lei autorizadora*; ou seja, “acordos”, enlances, *sem perder de vista o interesse público*, devem ocorrer à *medida e nos termos da lei*, devido ao princípio da *indisponibilidade do*

interesse público, pilar do Direito Administrativo.

Essa característica (consensualidade), igualmente, não inova, porque, no *Direito Público*, sempre se entendeu possível as “relações consensuais”, quando *previstas nas leis*. Há, dessa forma, termos de ajustamento de conduta, suspensão de processos disciplinares, de penas de multas, e outras. Repita-se, *demandam lei*.

Pode ter havido *incremento desses instrumentos jurídicos*, devido ao avanço do regime *democrático de Direito*. Por isso, a Administração, *em vez de impor penalidades administrativas*, realiza “certas transações” com o particular.

Com efeito, *sanções administrativas* não visam apenas ao infrator; impor-lhe *castigo*; tem finalidade de “desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo.” O caráter é *preventivo*; o castigo é *consequência* do descumprimento da norma e da imposição da pena.⁴⁴

Logo, o *legislador* pode buscar melhores opções, em vez de, simplesmente, determinar a imposição de penalidade administrativa ao administrado.

Veja-se: mesmo no âmbito da *Polícia Administrativa* (na qual a doutrina cita a *imperatividade* como um dos atributos), a *coação* é *ultima ratio*; e esta *não é mais* considerada característica daquela atividade.⁴⁵

Dessa forma, a autoridade administrativa só pode realizar “acordos”, mediante *autorização legal*, eis que não *dispõe* do interesse público; afirma Carnelutti:

A potestas que, portanto, se define como potência de comandar para *tutela de um interesse alheio*, é, em certo aspecto, a figura mais elevada do poder, uma vez

40 Quanto ao meio: no caso de *discrecionabilidade administrativa*, compete à autoridade proceder à escolha do *melhor meio* para atingir a *finalidade legal*. Contudo, critérios, ou princípios, devem moldar a *escolha da lei*, ao conferir a *discrecionabilidade* (razoabilidade, proporcionalidade da lei); os quais igualmente devem ser *fundamento da Administração*, ao proceder com a “opção concreta”. Ela deverá, também, observar o princípio da *segurança jurídica*.

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

42 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90.

43 VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 94.

44 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

45 VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32 e ss.

que quem comanda está em posição superior não só ao interesse sacrificado, como mesmo também ao interesse tutelado pelo comando; melhor se diria, talvez, que está colocado fora desses interesses, *já que deles não é participante*, pelos menos diretamente.⁴⁶

Por isso, penalidade administrativa *deve ser (dever) imposta* pela autoridade competente [se acaso apurada a infração, no bojo de um *processo administrativo*], pois o Estado *não detém disponibilidade* a respeito dela. Cuida-se, por assim dizer, de *potestade* [disciplinar], no qual subjazem a ideia de *dever* e a ideia de *poder*, sendo esta [meramente] *instrumental* para o *cumprimento* [efetivo] daquela.⁴⁷



Portanto, apenas nos *termos e condições fixados em leis*, a Administração Pública firma “acordos” com o administrado. Atos subalternos, inclusive decretos, portarias, instruções etc. não podem conceder essa

competência à autoridade administrativa.

Esse entendimento abrange, inclusive, atos praticados *na supremacia especial do Estado*, na qual – assim como ocorre na supremacia geral – a autoridade *não dispõe do interesse público*.

c) Quanto à *setorização*,⁴⁸ outra nota do “regime regulatório”, devem ser feitas algu-

mas anotações. Todo “regime jurídico menor” (*subsistemas*) deve obedecer aos *comandos superiores do Direito*, aos valores e princípios constitucionais e às leis.

Pois, o *sistema nuclear*, principal, traz a base, a sustentação, o fundamento, dos [aqui considerados] subsistemas, na medida em que estes estão *subordinados* àquele (*hierarquia normativa*).

Essa forma de raciocínio é realizada, necessariamente, na análise das várias normas que concebem os *ramos e as disciplinas jurídicos*. Nesse sentido, certas *unidades temáticas* do Direito Administrativo, caso do Direito Tributário, do Financeiro, do Urbanístico, do Ambiental, do Consumidor etc. têm *fundamento e base de sustentação naquela*.⁴⁹ O *Direito Administrativo* fornece-lhes o *fundamento jurídico*; engloba-lhes, dá-lhes *sentido e concatenação lógica*.

Além disso, mesmo os “direitos menores”, cujas normas não são editadas pelo Estado, estão *interligados às normas advindas deste*; expõe Waline:

Ao contrário, toda sociedade organizada tem seu Direito; ele não é privilégio exclusivo do Estado. Cada grupamento de homens, seja uma associação, um sindicato, uma federação, edita para seus membros regras de conduta, por exemplo, por um regulamento interno, pelas quais prevê sanções. (...). Essas diferentes ordens jurídicas são ligadas entre si por liames de coordenação, para sua interação comum numa *ordem jurídica superior*. Por exemplo, os direitos das associações, dos sindicatos, são integrados no *direito superior do Estado que os domina e os engloba*.⁵⁰

46 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 272, destaques não originais.

47 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64.

48 Por esse entendimento, as agências atuariam em *setores específicos, subsistemas*, do Direito; isso justificaria atuação ampla, com “menores exigências normativas”, notadamente quanto à legalidade. Na prática, atuariam por atos administrativos, com “força de leis”.

49 A respeito das *unidades temáticas* dependentes, subordinadas, à *disciplina jurídica*, o *Direito Administrativo*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37-38; VITTA, Heraldo Garcia, *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*, p. 123-124; e *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48 e ss.

50 WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit admini-*

A doutrina sempre contendeu no sentido de que há *pluralidade de ordenamentos jurídicos*, concatenados a princípios, ou dogmas, *superiores*, aos quais *aderem*. A respeito, expõe Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Existe, pois, na verdade, *pluralidade de ordenamentos jurídicos*, ou seja, de fontes formais de sua exteriorização, de modo que se passa de *ordenamento superior*, ou melhor, supremo, a constituição, que dá estrutura do Estado-poder, aos ordenamentos inferiores, ou, melhor, submetidos, uns consistindo em execução do outro.⁵¹

Os vários *subsistemas* aderem, cedem às normas mais “abrangentes” [do Estado], pois o ordenamento normativo é complexo, ordenado, *hierarquizado*.

Ressalvados (alguns) aspectos referentes à *supremacia especial do Estado*, já enfatizados, cujo *fundamento* é diverso do da *supremacia geral*; mesmo assim, há *lindes jurídicos*.⁵²

d) O tema da *atuação especializada* das agências reguladoras é “solucionado” pelo uso da *técnica*; isto é, resolvem-se as diversas questões mediante pareceres, informes técnicos, inclusive por meio da denominada

discricionariedade técnica – quando ela, efetivamente, ocorrer –, campo do qual, há anos, os cultores do Direito Administrativo se debruçam.⁵³

Os problemas do avanço tecnológico e da aplicação do Direito Administrativo não são recentes; e têm sido analisados à luz dos *conceitos operacionais dessa seara jurídica*, que traz elementos para soluções do campo da técnica.

Como diz Alf Ross, uma das atividades da *política jurídica* (realizada pelos juristas), é a “atividade de *pesar considerações e decidir* como árbitro dos especialistas [de outras áreas]”.⁵⁴

De toda forma, as autarquias, de maneira geral, são criadas para atividades *específicas*, “motivo” de sua criação. *Todas elas* têm atuação *especializada*, variando apenas o grau, ou intensidade, de cada uma delas.

e) Assim, resta a *independência funcional* “mais acentuada” das agências, devido ao *mandato fixo dos dirigentes*, nos termos das leis.

O *mandato fixo*, para os titulares de certos cargos, *decorre* da própria Constituição Federal, cujo artigo 52, III, estabelece a competência do Senado Federal para aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, “f) titulares de outros cargos que a lei determinar”. E, sabe-se, os dirigentes das agências reguladoras têm fixidez (“temporária”) nos cargos, por conta das leis que as regem.

Ressalvada a hipótese em que há “novas” eleições para os cargos de Chefia do

tratif. 4. ed. Paris: Sirey, 1946, p. 2, destaques não originais.

51 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 248, destaques não originais.

52 De acordo com Renato Alessi, a *diversidade de regime jurídico* (supremacia geral x supremacia especial) deriva de uma “independência” dos dois “poderes”, da qual descendem importantes consequências: o exercício cumulativo dos dois “poderes” não viola o princípio *ne bis in idem*; nem todos os princípios fundamentais do poder punitivo geral valem também para a aplicação do poder disciplinar; no caso de responsabilidade disciplinar, não se aplica a regra do direito penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Para recorrer aos princípios de direito penal, para colmatar a ausência de normas, no direito disciplinar – por meio da analogia –, deve o intérprete verificar quais os princípios e institutos que são próprios de cada poder punitivo e que podem encontrar acolhimento, também, no direito disciplinar. (*Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974, v. I, p. 281).

53 A discricionariedade técnica ocorre quando, a par da apreciação de aspectos técnicos, a lei “abre alternativa ou alternativas para o comportamento da Administração, o que é, exatamente, a essência da discricionariedade: possibilidade que dimana da lei para a eleição de uma entre duas ou mais condutas em vista de realizar, do modo mais satisfatório possível, o interesse público no caso concreto.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 442).

54 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 379, destaques não originais.

Executivo; os eleitos pelo povo poderão, a qualquer momento, expungir os dirigentes das agências, *mesmo se estes estiverem no exercício dos mandatos*. O eleito deve ter condições, meios, para conduzir os rumos da nação, sob o perfil ideológico e político *escolhido pelo povo* nas eleições.

Trata-se de conclusão extraída do conceito de *República*, cujo regime possui, dentre os atributos, a *eletividade* e a *soberania popular*.

Segundo a doutrina, a Administração Central detém *supervisão*, ou *controle*, sobre as autarquias, nos *termos e limites legais*, na medida em que, como se sabe, não há *hierarquia* entre entidade criadora (Administração Central) e criatura (no caso, autarquias).

O emérito professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello refere a distinção de autarquias e “entes autônomos”; explica esse saudoso e culto doutrinador:

O ente autônomo não se confunde com o ente autárquico. O ente autárquico, administrativo, consiste em pessoa jurídica com capacidade jurídica específica de direito público, em matéria executiva ou administrativa *strictu sensu*; já o ente autônomo desfruta de capacidade jurídica normativa específica de direito público, para ordenar ele próprio determinadas matérias, em *caráter exclusivo*, na conformidade com o seu peculiar interesse, e, prover, *livremente*, os seus órgãos governamentais.⁵⁵

E expõe o necessário *controle* que o ente autônomo detém *sobre a autarquia*, nesses termos:

Já os autárquicos, embora com competência específica para gerir, isto é, *executar*, as atividades que constituíram

a sua razão de ser, estão sujeitos no exercício da sua competência, administrativa *strictu sensu* ao controle do ente autônomo, territorial, que os criou, ou mesmo, da autarquia de serviço maior que, por autorização daquele os criou.⁵⁶

Esse *controle*, ou *tutela*, denominada *ordinária*, da Administração Centralizada sobre as respectivas criaturas, a qual sempre carece de *lei*, recai também nas *agências reguladoras* (pois são *autarquias*).

De outra parte, nas hipóteses de *descalabros administrativos*, a Administração Central poderá intervir nos negócios da agência reguladora, mediante a *tutela ou supervisão extraordinária*, a qual, mesmo na *falta de lei*, permite à entidade criadora interferir, excepcionalmente, na criatura, para dar fim aos *desmandos administrativos*, como no caso de *corrupção* deslavada.

Por exemplo, se acaso o ato da *agência* tiver sido proferido com *desvio de finalidade*, ou *incompetência [absoluta]*, ou outros vícios que possam levar à *nulidade absoluta* [do ato], ou à sua *inexistência*, nada impede a intervenção “extraordinária” da Administração Centralizada na agência reguladora (*tutela extraordinária*).

Numa síntese, expõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

O caráter público da autarquia, sua inserção no âmbito do Poder Executivo e a natureza estatal de sua atividade podem, em *momentos extremos*, reclamar ação de tutela, mesmo que *não prevista expressamente*.⁵⁷

A doutrina refere, ainda, o *recurso administrativo impróprio* (aquele interposto perante *outra pessoa jurídica*), desde que

55 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, p. 189, destaques originais.

56 *Ibidem*, p. 191, destaques originais.

57 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 443, destaques não originais.

haja lei que o preveja. Assim, as demandas decididas pelas agências podem constituir objeto de recurso administrativo, interposto à Administração Centralizada (ao Ministério – federal – ou à Secretaria – estadual ou municipal –), se houver *previsão legal*.⁵⁸

Especificamente no âmbito federal (DL nº 200/1967 e alterações posteriores), Alexandre Mazza cita dois pareceres da Advocacia-Geral da União, os quais reconheceram: (a) a possibilidade de interposição de *recurso administrativo impróprio*, dirigido ao Ministro da pasta, contra decisões das agências que não observam políticas públicas adotadas pela Presidência e pelos Ministros; (b) a *avocação*, pela Presidência da República, de competências regulatórias das agências.⁵⁹

Em face dessas considerações, pode-se referir a conclusão do tema proposto.

6. Conclusões a respeito das penalidades administrativas impostas por agências reguladoras.⁶⁰

O resultado dessas anotações é de fácil manejo, pois advém da aplicação *sistemática* do Direito, numa *visão global*, “conjunta”, isto é, à medida das normas e valores do *regime brasileiro*.

As agências reguladoras exercem função administrativa; *submetem-se ao princípio*

da legalidade, conforme determina o *Texto Constitucional*. Não há entidades jurídicas acima do próprio Estado (do Legislativo, do Judiciário e do próprio Executivo).

Tanto as *infrações* quanto as respectivas *penalidades* [administrativas] devem estar suficientemente plasmadas em leis. Na *supremacia geral do Estado*, umas e outras constam em *leis*,⁶¹ por isso, agências reguladoras que atuam na *Polícia Administrativa*, portanto, sob fundamento da *supremacia geral*, *não podem estabelecer*, por atos administrativos, *infrações* e *penalidades* administrativas.

Contudo, reconhece-se, as normas de Direito Administrativo, muitas vezes, *carecem de precisão terminológica*. No exemplo de Susana Lorenzo, quando as normas municipais proíbem a venda em determinadas zonas da cidade, não estará se referindo, propriamente, ao contrato de compra e venda; mesmo que o vendedor não efetue o negócio, há *infração* administrativa.⁶²

De todo modo, *como regra*, a lei deve estipular a *conduta específica* da qual poderá originar a *específica penalidade* (*tipicidade das infrações e das penas*). Pois, a nota ou característica, “tipicidade” das “infrações” e das “penalidades administrativas” é corolário da “legalidade”.⁶³

Já, no caso de agências reguladoras que

58 Mesmo na ausência de lei (prevendo o “recurso impróprio”), nada impede o particular de dirigir-se, diretamente, à Administração Central, contra decisões das agências reguladoras, nas hipóteses estabelecidas, ou permitidas, pela Constituição; o “direito de petição” assegura-lhe essa possibilidade (art. 5º, XXXIV, “a”: *defesa de direitos [violados], ilegalidade ou abuso de poder*).

59 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149.

60 Sanção administrativa é “a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.” (Vitta, Heraldo Garcia, *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66).

61 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84 e ss; *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70 e ss.

62 LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideo: Julio César Faira, 1996, p. 72. De acordo com a autora, nesses casos, o intérprete deve guiar-se por critérios de obviedade e recorrer a fontes não formais, como o costume, para complementar o déficit técnico da norma. (*ibidem*, mesma página). Logo, a *tipicidade*, no Direito Administrativo, não precisa ser, necessariamente, cerrada, fechada, como ocorre no Direito Penal. O intérprete tem manejo de interpretação, para a análise dos termos contidos na lei. Porém, dentre outros critérios, ou princípios, o da razoabilidade e o da proporcionalidade devem ser observados.

63 CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 85. Não refutamos a edição de *regulamentos executivos*, nos casos assinados no item 3) *Regime jurídico brasileiro (legalidade)*.

têm relação íntima, doméstica, com dados particulares, numa sujeição especial (*relação especial do Estado*), a situação é outra.

Nessa seara, haverá certamente, campo amplo de atuação das agências: elas podem estipular *infrações e penalidades*, por meio de *atos administrativos*, porém, baseados nas *leis*; e disciplinar, de maneira *específica*, ou seja, por ato administrativo, os comportamentos exigíveis dos particulares, quando o *legislador* (lei) tiver se expressado, ao fixar *infrações*, mediante *conceitos indeterminados*, ou, conforme acentua a doutrina, *standards* deontológicos de conduta (palavras plurissignificativas: ordem pública, moral e outras).

Assim, algumas agências (*concedentes*) firmam *contratos de concessão* de serviços e obras públicos com particulares (*concessionários*). O artigo 29, II, da Lei nº 8.987, de 13/2/1995 (essa legislação trata da concessão e permissão de serviços e obras públicos), estabelece a competência do “poder concedente” para “aplicar as penalidades *regulamentares e contratuais*”.

Conforme explica o nunca assaz citado Celso Antônio Bandeira de Mello, as penalidades podem ser fixadas em *regulamento* anterior à concessão ou no edital da licitação, “pois, em tal caso, quem se candidate a disputá-lo terá antecipado conhecimento das sanções a que eventualmente estará exposto.”⁶⁴

Já, quanto à previsão das penalidades nos contratos de concessão, assinala esse competente professor e jurista:

Quanto ao contrato, entendemos que não poderá inovar na matéria, mas tão só reproduzir o que já esteja previsto, seja no *edital* ou seus *anexos*, seja em *regulamento anterior*. Logo, o que dele conste a respeito será despidendo, pois nada agregará validamente ao que terá de preexistir.⁶⁵

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 749.

65 *Ibidem*, p. 749, destaques não originais.

Assiste razão ao eminente doutrinador, porque a *segurança jurídica* exige conhecimento *antecipado* do destinatário da norma tanto das *infrações* quanto das penalidades administrativas.⁶⁶

Quando se estuda o regime jurídico das agências reguladoras, é necessário lembrar o provérbio alemão: “*Confiar é bom, controlar, melhor!*”

Os atos praticados pelas agências reguladoras submetem-se aos ditames normativos “comuns” das autarquias (em geral), com exceção da fixidez (“temporária”) no cargo dos dirigentes daquelas.

Entretanto, se houver eleições, os *novos mandatários* poderão indicar dirigentes para as agências reguladoras. Pois, a *República*, segundo Geraldo Ataliba:

(...) traduz-se num conjunto de instituições cujo *funcionamento harmônico* visa a assegurar, da melhor maneira possível, a eficácia de seu *princípio básico*, consistente na *soberania popular*.⁶⁷

Ora, a *soberania popular* somente estará *assegurada* se o mandatário, escolhido pela “nação”, puder escolher, ou, nos termos da Constituição, indicar, os [novos] dirigentes dos cargos públicos *dirigentes* do próprio *Executivo*.

Caso contrário, as leis – que estabelecem mandatos fixos dos dirigentes das agências – estariam sobrepujando o texto Constitucional, numa inversão de valores inconcebível no regime democrático de Direito.⁶⁸

66 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92; *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185.

67 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolêa Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89. E uma das características fundamentais da República é a *eletividade*, para a garantia da renovação (ou não) do poder.

68 A respeito, com argumentos convincentes, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 179-180.

Bibliografia.

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1974. v. I.
- _____. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolêa Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.
- _____. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BENÍTEZ, Mariano López. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madri: Civitas, 1994.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Rule of law, procedimento normativo e legalidade: uma perspectiva comparada*. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani/CEDAM, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- COLLÈGE LIBRE DES SCIENCES SOCIALES – 1910. *Les méthodes juridiques*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1911.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Santa Maria, 1953.
- LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideo: Julio César Faira, 1996.
- MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- WALINE, Marcel. *Manuel élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris: Sirey, 1946.

Da imprescindibilidade de anuência do INPI para homologação de acordo formulado entre autor e réu nas ações de nulidade de marcas, patentes e desenhos industriais¹



Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza

Juiz Federal Substituto na 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo/SP. Ex-Procurador Federal responsável pela Procuradoria Regional do INPI em São Paulo.

RESUMO: O artigo objetiva demonstrar que, uma vez proposta ação judicial com objetivo de declarar a nulidade de patente, marca ou desenho industrial, fica o autor impossibilitado de transacionar com o réu titular do bem impugnado para desistir da demanda sem que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial concorde. Com base na análise histórica da legislação, estudo de caso e interpretação sistemático-teleológica, o estudo defende que a oposição do ente estatal ao acordo, nos casos em que entende haver nulidade, a fim de prosseguir com a ação, está respaldada no interesse da sociedade em tornar nulos direitos de exclusividade e aprimorar o sistema de proteção da propriedade industrial, com reflexos na livre concorrência, na garantia de escolha isenta do consumidor e no desenvolvimento econômico e tecnológico do País.

PALAVRAS-CHAVE: INPI; acordo; homologação; ação de nulidade; marcas; patentes; desenhos industriais; desistência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Intervenção do Estado nas ações de nulidade e sua evolução legislativa. 3. Caso Viagra: *leading case*. 4. Necessidade de anuência do INPI para homologação de acordo. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Artigo científico apresentado ao Programa de Educação Continuada e Especialização GVLaw, da Direito GV, da Fundação Getúlio Vargas, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito, na área de Propriedade Intelectual, sob orientação do Prof. Doutor Manoel J. Pereira dos Santos.

1. Introdução.

Não é preciso conhecimento específico para saber das consequências danosas que um registro de marca equivocado pode trazer. Nas gôndolas de um supermercado ou nas prateleiras das grandes lojas, qualquer alteração no sinal identificador do produto que seja suscetível de associação com outra marca de prestígio pode levar o consumidor ao engano. O titular da marca ilegalmente reproduzida, por sua vez, vê seus investimentos em criação, publicidade e qualidade revertidos àquele que, sem custos, toma-lhe de assalto a notoriedade e insere-se no mercado em condições vantajosas de competitividade.

Com as patentes não é diferente. O processo de criação de invenções, entendido como avanço na tecnologia disponível, requer vultosas quantias para possibilitar a pesquisa de ponta e a manutenção do *status* competitivo no mundo globalizado, o que contribui para o constante desenvolvimento científico, econômico e tecnológico. De outro lado, existem os que preferem o modo mais fácil, utilizando processo ou reproduzindo produto objeto de patente, burlando a proteção conferida e cortando caminho tão trabalhoso e importante ao progresso da humanidade.

Imagine-se, então, se essas violações contassem com a chancela do Estado; se este conferisse ao falsificador atestado de lisura, atribuindo-lhe os mesmos direitos do legítimo titular, espécie de licença para a prática de transgressões e imposição de exclusividades para censurar atividades lícitas, com prejuízo às relações de consumo, às práticas comerciais e, de modo geral, ao desenvolvimento do País.

Soa estranho, mas é justamente o que ocorre quando o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, autarquia federal responsável pela concessão dos títulos de propriedade industrial, defere um pedido de marca que reproduz outra indevidamente ou de patente sem novidade ou atividade inventi-

va. Apesar da inegável capacidade técnica dos examinadores do ente estatal, a complexidade e quantidade dos casos, aliadas a requisitos legais de cláusulas abertas e múltiplas interpretações, ensejam equívocos na outorga de direitos.²

Por isso, a legislação, levando em conta os consideráveis riscos inerentes ao exame de requisitos de cognição limitada, como a novidade absoluta para as patentes, a concessão automática para os desenhos industriais e o conhecimento evidente no ramo de atividade para as marcas, prevê um sistema específico de impugnação, administrativo e judicial, para coibir e declarar nulos aqueles registros ou patentes que escapam às condições fixadas em lei. Dentre suas características particulares, está a possibilidade de o próprio INPI declarar a nulidade administrativamente ou propor ação judicial para fazê-lo.

Na imensa maioria dos casos, todavia, quem ajuíza a ação é o particular prejudicado com a patente ou o registro de marca ou desenho industrial. Nesse caso, a Lei da Propriedade Industrial impõe a obrigatória intervenção do INPI, cuja posição processual,

2 João da Gama Cerqueira, ao cuidar da nulidade das patentes, alertava para o fato de que o exame prévio “não tem o mérito de suprir o verdadeiro fundamento do privilégio, que é o direito do inventor resultante de sua criação”, acrescentando que “há quem desconheça o verdadeiro alcance do exame prévio e considere as patentes de invenção como títulos inatacáveis, malgrado o que dispõe a lei, pelo fato de serem concedidas depois do exame realizado pela repartição competente e das impugnações de terceiros interessados na sua denegação. Prevaecem-se disso os titulares das patentes como meio de defesa na ação de nulidade e muitas vezes o juiz se deixa impressionar por esses argumentos e pelo prestígio de que se procura cercar o privilégio. Mas o fato de haver a patente resistido ao exame, às oposições e aos recursos, como se viu, juridicamente nada significa, não impedindo que o privilégio seja atacado perante o Poder Judiciário e anulado. Acrescente-se que todas as questões discutidas no processo de concessão da patente podem ser de novo ventiladas na ação judicial, tendo o juiz inteira liberdade de decidir sobre a validade do privilégio. Aliás, o processo judicial, pela sua natureza e pela amplitude das provas que comporta, é mais adequado que o processo administrativo para se dirimirem as complexas questões relativas às condições de privilegiabilidade.” (in *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952, 2 v, p. 280/281).

segundo entendimento jurisprudencial majoritário, passa a ser a de assistente³ da parte à qual reconheça razão.

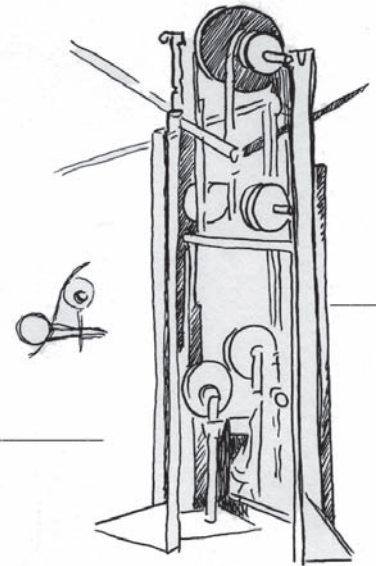
Diante desse quadro, uma vez proposta a demanda pelo interessado, naturalmente o réu titular do bem atacado deverá ser citado e tem sessenta dias para apresentar resposta, aspecto inovador da lei. Em alguns casos, o requerido, em vez de contestar o pedido, verifica, de imediato, a procedência dos fundamentos alegados e, sem informar o fato ao juízo, procura diretamente o requerente e lhe propõe um acordo que possibilite encerrar a ação, a fim de que permaneça incólume sua patente, marca ou desenho industrial.

Nesse ínterim, o INPI recebe intimação para intervir no feito e, após ouvir suas diretrizes técnicas, ingressa no processo e traz seu arrazoado, acompanhado, geralmente, de documentação técnica. Por vezes, defende a legalidade do bem que concedeu; noutras, rende-se aos argumentos do autor, requerendo, igualmente, a nulidade.

3 Sobre o tema específico da posição processual no INPI nas ações de nulidade de marcas, patentes e desenhos industriais, vide artigo de minha autoria, "O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade de marcas e patentes", publicado na *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI* n. 73, nov/dez 2004. Tenho entendimento particular, no sentido de que a intervenção da autarquia é especial e se materializa com os mesmos poderes processuais atribuídos ao assistente litisconsorcial ou litisconsorte, conquanto seja terceiro interveniente. De outro lado, vale ressaltar que a jurisprudência está longe de ser pacífica, existindo controvérsia secular entre o litisconsórcio e a assistência, porquanto iniciada com as primeiras disposições legislativas sobre propriedade industrial e alimentada não só pelos especialistas na matéria, como, também, pelos ilustres processualistas que comentaram o Código de Processo Civil de 1939, como Pontes de Miranda, Machado Guimarães, dentre outros. Entre os diversos fundamentos que permitem concluir ser o INPI litisconsorte ou assistente, entendo que aqueles tendentes à configuração da intervenção do INPI como assistente simples fazem do ente estatal mero coadjuvante e dependente da parte à qual assiste, colocando o interesse público a reboque de interesses privados, em conflito com a idéia de intervenção do Estado, que pressupõe autonomia de vontade e não simples auxílio ou aderência. Cabe ao juiz da causa decidir, dentre os fundamentos apresentados, a existência ou não de nulidade, sem que o conluio entre particulares possa encerrar a ação, suprimindo do Judiciário o julgamento de mérito.

Se as partes autora e ré apresentam acordo para pôr fim à ação e a autarquia entender adequados à lei a patente ou o registro, não há maiores consequências. Se ninguém impugna sua legalidade, o bem deve continuar irradiando seus efeitos jurídicos protetivos. De outro lado, se o INPI identifica afronta aos requisitos de concessão, mas autor e ré chegam a um consenso para desistência da ação e permanência da patente ou do registro, surge a dúvida: pode a autarquia, que já analisou e concedeu o direito, opor-se à transação e pugnar pelo prosseguimento do processo de nulidade, na condição de mero interveniente?

Eis o problema para o qual este artigo busca encontrar resposta, com o exame da legislação, da qualidade processual do INPI e de estudo de caso concreto. O tema é objeto de preocupação no direito comparado⁴ e foi vislumbrado pelas primeiras leis brasileiras de propriedade industrial, ainda no final do Século XIX e início do XX, embora tenha sido completamente abandonado a partir da edição do Código da Propriedade Industrial, de 1971, do Código de Processo Civil, de 1973, e da Lei da Propriedade Industrial, de 1996. Retomar-lhe a discussão ganha relevância com o aumento no volume de depósito e concessões de marcas e patentes e, por decorrência, do número de ações de nulidade, fruto da expansão da economia brasileira e do fluxo crescente de relações comerciais em âmbito mundial. Justificam-no a necessidade de conferir segurança ao incentivo e à justa retribuição dos investimentos em consolida-



4 Na Itália, assim como em outros países europeus, o Ministério Público deve intervir nas ações de nulidade.

ção de marcas, pesquisa e tecnologia, submetendo a propriedade industrial aos interesses da sociedade e do País.

2. Intervenção do Estado nas ações de nulidade e sua evolução legislativa.

Em nível mundial, a preocupação com o cancelamento de privilégios indevidamente concedidos acompanha o próprio desenvolvimento dos sistemas de proteção da propriedade industrial. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem jurisprudência rica e iterativa sobre o assunto, que permitiu fixar os contornos jurídicos da proteção naquele país, no qual o entendimento jurisprudencial assume relevante papel. Denis Borges Barbosa cita decisão de 1854 (*O'Reilly v. Morse*), em que o tribunal norte-americano rejeitou uma reivindicação de patente de telégrafo, que tentava proteção para ideia abstrata, sem solução técnica.⁵

No Brasil, não foi diferente. As mais remotas legislações sobre propriedade industrial⁶ trataram de criar instrumentos específicos para cancelar privilégios e registros de marca. Cite-se, como exemplo, o Decreto nº 16.264, de 19/12/1923, que previa capítulos específicos para as nulidades, rito processual próprio, legitimidade aos Procuradores da República para ajuizar ação e competência da Justiça Federal, em função de que os atos administrativos de concessão eram, e continuavam sendo, de competência da União. À época, os Códigos de Processo Civil eram estaduais.

Com o advento do Código de Processo Civil nacional já revogado, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.608/39, a matéria passou a ser regulada nesse diploma legal, que encampou a legislação específica em vigor e trouxe rele-

vante disposição para o tema.⁷ No Título VI do Livro IV, denominado “Da ação de nulidade de patente de invenção e de marca de indústria e de comércio”, estabelecia o artigo 332:

Art. 332. São competentes para promover ação de nulidade de patente de invenção:

I – os interessados, em qualquer dos casos de nulidade;

II – os procuradores da República, quando o privilégio fôr concedido sem que a invenção possa constituir objeto de patente.

§ 1º Consideram-se interessados as pessoas prejudicadas pela concessão do privilégio.

§ 2º *Quando os Procuradores da República ou seus adjuntos funcionarem como assistentes ou litisconsortes, serão ouvidos sobre todos os termos do processo, e, especialmente, sobre qualquer acordo que ponha termo à ação movida por particular, competindo-lhes continuá-la, si a conveniência pública o exigir.* (destaquei)

Ficou expressamente reconhecida, no dispositivo em comento, a importância da intervenção do Estado nas ações de nulidade, devendo manifestar-se sobre todos os termos do processo e, de forma especial, sobre os acordos para por fim ao processo ajuizado por particular. Ademais, conferiu-se aos Procuradores da República a prerrogativa de prosseguir com a ação, mesmo que o autor tivesse transacionado, à vista do interesse público em jogo.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, as ações de nulidade com a intervenção União também foram objeto das legislações específicas de propriedade industrial, que, em linhas gerais, reproduziram as mesmas regras da lei processual geral, permanecendo os Procuradores da República

⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 339.

⁶ Ainda no Século XIX, o Decreto nº 3.084, de 05/11/1898, já dispunha sobre a ação competente para a nulidade de patentes de invenção, com rito sumário.

⁷ Na verdade, o Código de Processo Civil de 1939 nada mais fez do que encampar disposição que vinha desde o Decreto nº 8.820, de 1882.

com atribuição para ajuizar ação e continuar com o processo em caso de acordo. Nesse sentido, os Decretos-Leis n.ºs 7.903/45, 254/67 e 1.005/69.

Ocorre que, em 1970, por meio da Lei n.º 5.648, a execução das normas de propriedade industrial, em âmbito nacional, foi transferida da administração direta da União para uma autarquia, pessoa jurídica de direito público interno, denominada INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Com isso, não se justificava mais a atuação dos Procuradores da República, como representantes da União, nas ações de nulidade, na medida em que ente autônomo, com personalidade e corpo jurídicos próprios, passou a cuidar da concessão de patentes e registros de marca.

Em seguida, entrou em vigor o Código da Propriedade Industrial por força da Lei n.º 5.772/71, que disciplinou o procedimento de nulidade judicial do privilégio (art. 55) e do registro de marca (art. 100). Aqui se identifica a fratura legislativa em relação à intervenção do Estado nesses processos, porque o Código de Propriedade Industrial limitou-se a legitimar o INPI para propor ação, mas nada disse sobre como proceder em caso de acordo, tampouco se a autarquia deveria intervir nos feitos que não ajuizara. Sequer fez remissão ao Código de Processo Civil de 1939, que ainda vigorava.

Para piorar, em 1973, foi promulgado o atual Código de Processo Civil, que, na existência de legislação específica, preferiu omitir-se sobre o tema, revogando as disposições do Código de Processo Civil anterior. Restava, então, somente o incompleto Código de Propriedade Industrial.

As consequências deste tratamento legislativo foram logo sentidas. A primeira delas foi saber, justamente, se o INPI deveria intervir nos feitos que não havia proposto, o que repercutiria na competência do órgão do Poder Judiciário para processar e julgar a causa, Justiça Federal ou Estadual.



A jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos firmou-se no sentido de que o Instituto deveria intervir, na qualidade de assistente da parte com cujo posicionamento concorde, uma vez que a patente ou o registro pertencem ao particular titular do bem, de maneira que a autarquia deve ficar livre para manifestar seu entendimento, declarando competente para a causa a Justiça Federal. Disso são exemplos os seguintes julgados:⁸

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. NULIDADE DO REGISTRO DE MARCA. INPI E O LITISCONSÓRCIO PASSIVO. Embora o registro de marca se consubstancie num ato administrativo praticado pelo INPI, o direito ali contido pertence ao titular da marca e não à Administração; descabe ao INPI defender o registro, nos seus efeitos patrimoniais, mas apenas na sua forma, na observância das formalidades legais, aspecto estranho à lide. Exclusão do INPI da lide como litisconsórcio passivo. Deu-se provimento ao recurso voluntário.

(TFR, Quinta Turma, Apelação Cível n.º 70.069/RJ, Relator Ministro Sebastião Alves dos Reis, j. 05/05/82, v.u., DJ 03/06/82)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. EXCLUSÃO DO INPI COMO LITISCONSORTE PASSIVO.

8 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/juritfr/>>.

I – Ainda que o registro indevido da marca decorra de erro que viciou a substância do ato administrativo praticado pelo INPI, sua posição no feito não deverá ser de litisconsorte passivo, posto que sua atuação no curso da lide desenvolveu-se na linha de sua finalidade precípua de executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista sua função social, econômica, jurídica e técnica (Lei nº 5.648/70, art. 2º), não resistindo, mas, apoiando a pretensão da autora, reconhecida e confessada, nos autos, como legítima.

II – Apelação provida, para excluir do processo o INPI, como réu, ficando mantida, no mais, a sentença recorrida. (TFR, Quinta Turma, Apelação Cível nº 72.069/RJ, Relator Ministro Geraldo Sobral, j. 06/06/83, v.u., DJ 27/10/83)

Entretanto, permanecia a dúvida, não solucionada pela jurisprudência dos tribunais superiores, sobre a possibilidade de os representantes judiciais do INPI, na condição de sucessores dos Procuradores da República, oporem-se ao acordo formulado entre autor e réu e prosseguir com ação em curso.

Eis que, em 1996, após o País ter assinado tratado internacional no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC sobre propriedade intelectual (Acordo TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), veio a lume a atual Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), que revogou o Código de Propriedade Industrial e passou a regular as ações de nulidade. A Lei de Propriedade Industrial positivou o que as decisões judiciais haviam consolidado: a demanda corre na Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito (arts. 57, 118 e 175). Todavia, a Lei de Propriedade Industrial deixou de mencionar sob que condição deveria fazê-lo e, o mais importante para o assunto em estudo, reproduziu a omissão do Código de Propriedade Industrial quanto à possibilidade de insurgir-se contra acordo.

Assim, diante desse vácuo legislativo, coloca-se a questão que deve ser resolvida pela interpretação sistemático-teleológica, à vista dos fins a que se dirige a intervenção do ente estatal nessas ações e dos princípios e objetivos que norteiam os processos de nulidade.

3. Caso Viagra: *leading case*.

Falsa a suposição de que o assunto coloca-se em termos meramente acadêmicos ou sem qualquer incidência prática, infirmada por relevante caso concreto, ao qual este artigo atribui qualidade de *leading case*, julgado na primeira instância da Justiça Federal em São Paulo (Processo nº 2003.61.00.010308-3), sobre a nulidade da patente do medicamento amplamente conhecido como Viagra.

Bayer S.A. e Bayer Aktiengesellschaft propuseram ação em face de Pfizer Limited e Laboratórios Pfizer Ltda., titulares da patente *pipeline*⁹ PI 1100088-0, requerendo sua nulidade. Duelo de gigantes. O fundamento principal utilizado foi o de que a patente concedida pelo INPI é derivada de patente europeia, cuja nulidade foi declarada por tribunal estrangeiro.

O INPI, por força do artigo 57 da Lei de Propriedade Industrial, foi intimado a intervir no feito e manifestou-se, após constatar a existência de recurso em andamento perante o Escritório Europeu de Patentes – EPO interposto pela Pfizer, pela necessidade de aguardar a decisão final da Corte de Apelação do EPO, porquanto sustentou que havia relação de dependência entre as patentes quanto ao exame de mérito. Dessa forma, defendia que, anulada definitivamente a patente europeia, tornar-se-ia nula a patente brasileira; caso contrário, esta continuaria em vigor pelo prazo de vigência estabelecido.

9 Trata-se de patente de revalidação no Brasil, já depositadas no exterior, desde que o objeto da invenção não tenha sido colocado no mercado e ainda não tenham sido realizados no País preparativos para exploração, nos termos do artigo 230 da Lei de Propriedade Industrial.

No decorrer do processo, as partes autora e ré entraram num acordo, compondo seus interesses privados e solicitando desistência da ação.

Ao mesmo tempo, o INPI veio aos autos do processo informando que a patente fora definitivamente revogada pelo Escritório Europeu de Patentes, tornando nula, por consequência, a patente nacional, com fundamento no artigo 230, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.279/96. A autarquia ressaltou que a nulidade acarretaria importantes reflexos para a indústria químico-farmacêutica e livre concorrência, especialmente para os milhares de consumidores que sofrem de impotência, e que, na vigência da patente, pagam preço maior pelo medicamento.

Ao final, foi prolatada sentença,¹⁰ datada de 11/04/2006, em que a Juíza Federal Elizabeth Leão, da 12ª Vara Cível Federal em São Paulo, reconheceu que o INPI deve intervir como assistente litisconsorcial se a matéria envolve interesse público, podendo o ente estatal opor-se ao acordo. Transcrevo trecho elucidativo da decisão, com destaques do original:

Contrariamente à alegação da empresa Pfizer, no sentido de ter havido um negócio jurídico, como “resultado de um acordo global firmado entre Bayer e Pfizer, para compor seus interesses privados”, do qual a “homologação de tal desistência por esse Juízo pôs fim à lide”, com o esgotamento do ofício jurisdicional, insta observar que a *ação de nulidade de patente extrapola os limites privados – patrimoniais – das partes litigantes*.

(...) ao pugnar o prosseguimento da ação para o julgamento do mérito, o INPI demonstra legitimamente seu *poder-dever quanto a fiscalização das normas protetivas de direito industrial*, dentre as quais, a carta patente “pipeline” que expediu em favor da ré Pfizer.

Neste sentido, se se posiciona na ação ao lado de “quem estiver a lei e a razão” *pode, na forma da lei, formular pedido, inclusive para o reconhecimento da nulidade da patente*, pois a “concordância expressa do INPI com a pretensão autoral o coloca como Assistente Litisconsorcial da Parte Autora, com atuação obrigatória quando a Ação visa à decretação de nulidade de registro marcário” (TRF 2ª Região. REO 231369. Proc. nº 200002010197730. Segunda Turma. DJU: 04/04/2005, p. 122/123. Rel. Juiz FRANCA NETO)

E não-somente, pois, como pacífico em nossa jurisprudência pátria, o INPI possui capacidade “*ad causam*” *autônoma*, em razão, justamente, do direito tutelado pela Lei da Propriedade Industrial. Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PATENTE. POSIÇÃO PROCESSUAL DO INPI.

- Nas ações de nulidade de patente de modelo industrial, embora o polo passivo da relação processual caiba a empresa titular da patente, *o INPI nelas deve figurar como parte autônoma, podendo inclusive discordar do ajuste das partes para por termo ao processo, e requerer o prosseguimento da ação*.

- A posição do INPI, no caso, não é de mero assistente de qualquer das partes.” (TRF 2ª Região. AG – Proc. nº: 890203047. Primeira Turma. DJ: 18/04/1991. Rel.: Juiz CLELIO ERTAL)

Ao final, conheceu da manifestação do INPI e julgou procedente o pedido, para declarar a nulidade da patente PI 1100088-0, com efeitos retroativos à data do depósito.

Segundo se verifica do sistema informatizado processual da Justiça Federal, houve apelação pela parte autora, que posteriormente desistiu do recurso, havendo trânsito em julgado em 19/02/2009.

Portanto, percebe-se que a questão tem implicações que ultrapassam a esfera unicamente processual, repercutindo no sistema de propriedade industrial, que tem como

¹⁰ Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/20060511viagra/>>.

característica projetar efeitos protetivos e de exclusividade *erga omnes*, de maneira a ressaltar sua importância e despertar interesse na sua adequada solução.

4. Necessidade de anuência do INPI para homologação de acordo.

Apresentado o problema a ser resolvido e justificada a pertinência do tema, passa-se à análise dos fundamentos sobre a possibilidade de o INPI opor-se a acordo formulado entre particulares e prosseguir com a ação de nulidade.

Primeiramente, o estudo não considera eloquente o silêncio do legislador a respeito. A omissão deve ser atribuída à transição da matéria do Código de Processo Civil de 1939 para o Código de Propriedade Industrial de 1971, com alteração decorrente da criação do INPI, em substituição à administração direta da União. Não parece adequado dizer que dos representantes judiciais da autarquia foram subtraídas as prerrogativas processuais dos representantes da União, à época Procuradores da República, na medida em que as duas pessoas de direito público interno por eles defendidas estão incluídas no conceito de Fazenda Pública. Todos estiveram e estão, no exercício de atos processuais, representando a entidade pública que era (União) e é (INPI) responsável pela execução das normas de propriedade industrial.

Argumentar que a concentração das funções de representantes da União e do Ministério Público da União nos Procuradores da República é que lhes dava legitimidade para recusar o acordo, não faz desmerecer a atuação do INPI como órgão estatal interveniente, que sucedeu àqueles, no resguardo do interesse público, que não é exclusividade das atribuições ministeriais. Ademais, a alegação implicaria desconsiderar a fonte histórica da intervenção do Estado nas ações de nulidade, advinda do Decreto nº 8.820, de 30/12/1882, que incumbia o encargo ao “procurador dos feitos da fazenda”.

No primeiro quartel do Século XX, Carvalho de Mendonça enfatizava:

Os privilégios de invenção, importando verdadeiro monopólio e restrição da liberdade do comércio e da indústria, envolvem matéria de ordem pública e de interesse geral da sociedade, justificando-se a intervenção do Estado nessas ações, a fim de não ficar entregue a defesa da ordem pública e do interesse da sociedade aos particulares, que poderiam conluir-se para prejudicá-los.¹¹

É difícil crer que os motivos sustentadores da possibilidade legal de oposição aos acordos tenham desaparecido. Ao contrário, a propriedade industrial, na sociedade moderna, ganhou importância exponencialmente maior do que aquela de que desfrutava até o início da Segunda Guerra Mundial, quando o Código de Processo Civil anterior foi editado. Há casos, na atualidade, de empresas que têm em sua marca ou marcas o ativo mais valioso, caso da *Nike*, com linha de produção praticamente toda terceirizada. Outras exploram patentes de cujos lucros dependem para recompensar pesados investimentos em pesquisa químico-farmacêutica, por exemplo. Uma patente indevidamente concedida nesta área pode frear o aporte de recursos por outras empresas e implicar no aumento exorbitante do preço final de venda ao necessitado por remédio, em função do bloqueio temporário da concorrência.

João da Gama Cerqueira foi quem melhor apontou a presença do interesse da coletividade na questão e a pertinência da intervenção estatal:

A concessão de um privilégio temporário ao autor da invenção é o meio prático que as leis encontraram de conciliar o interesse da coletividade, que reivindica o uso das novas invenções tendentes a satisfazer às suas múltiplas neces-

11 *Apud* GAMA CERQUEIRA, João da. *Op. cit.*, p. 309.

sidades, com o direito do inventor do privilégio sobre a sua criação. Com a concessão do privilégio tem o inventor a justa recompensa de seu trabalho e a sociedade não fica indefinidamente privada do livre uso das invenções, as quais, findo o prazo legal, caem no domínio público. Mas, se em matéria de invenções, o interesse da coletividade reside na posse e na livre exploração dos inventos, uma vez esgotado o prazo dos respectivos privilégios, muito maior é o seu interesse em não se ver privado, em virtude de privilégios nulos, ilegalmente concedidos, do livre uso, gozo e exploração de produtos e processos pertencentes ao domínio público e ao patrimônio comum das indústrias. Nas ações de nulidade, portanto, o interesse do Estado jamais será o de defender, contra o interesse da coletividade, os privilégios que concede, aliás, com expressa ressalva de sua responsabilidade pela novidade da invenção. Nessas ações, ao interesse privado dos particulares que as promovem sobreleva o interesse público de ver anulados os privilégios irregularmente concedidos e esse interesse da coletividade compete ao Estado representar e defender.¹²

Por sua relevância, a matéria não passou despercebida pelo Poder Constituinte brasileiro, que, no título dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna de 1988, estabeleceu os fins aos quais se submete a propriedade industrial:

Art. 5º.

(...)

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (destaquei)

O INPI, por sua vez, tem sua atuação vinculada a funções especificadas na Lei que o criou:

O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial. (art. 2º da Lei nº 5.648/70, com grifos meus)

Do último dispositivo, à luz da norma constitucional transcrita, se extrai que a palavra “acordos” pode ser interpretada de forma ampla, incluindo todo e qualquer tipo de acordo relacionado à propriedade industrial que interfira na aplicação correta das normas respectivas, inclusive aqueles firmados em âmbito judicial, cuja homologação vem coberta pelos efeitos da coisa julgada.

Ademais, ainda que se circunscrevesse o termo “acordos” àqueles firmados em nível internacional, as previsões constitucional e legal, por si só, revelam que a nulidade de um bem de propriedade industrial transcende os interesses puramente privados do autor interessado e do réu titular. A intervenção do Estado na ação judicial objetiva não só trazer o importante posicionamento de quem concedeu a patente ou o registro, mas também o resguardo da lei e do interesse público, na medida em que, se é certo que os fins e funções especificados, de relevância inegável, norteiam a atuação do INPI no âmbito administrativo, com maior razão devem valer para o processo de nulidade, no qual a declaração por sentença opera efeitos retroativos e repercute *erga omnes*, ou seja, aproveita a todos, e não somente às partes, com os impactos sociais já sublinhados.

Por fim, a lógica e a economia processuais determinam: quem pode mais (propor a ação) pode menos (continuar com ação

12 *Ibidem*, p. 309/310.

em curso), cabendo ao juiz federal da causa, considerando as posições sustentadas e os requisitos legais, no exercício de jurisdição de cognição plena e imparcial, declarar a existência ou não de nulidade, sem permitir que a transação entre particulares ponha fim à ação, suprimindo importante julgamento de mérito, quando a autarquia pretenda prosseguir na ação. Fundamental, portanto, o papel da Justiça Federal no controle da legalidade da concessão dos bens de propriedade industrial.

O entendimento oferece resposta ao problema desafiado, em consonância com a evolução legislativa, interpretação das normas aplicáveis e adequação ao sistema específico de declaração de nulidade, de efeitos *ex tunc* e *erga omnes*.

5. Conclusão.

Uma vez proposta ação judicial por particular interessado contra particular titular de patente, registro de marca ou desenho industrial, com objetivo de declarar-lhes a nulidade, deve o ente estatal responsável pela concessão, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, intervir no feito, conforme determina a Lei da Propriedade Industrial, nos seus artigos 57, 118 e 175.

Se, no transcurso do processo, autor e réu entabularem acordo, pleiteando a desistência da ação, a autarquia federal deve ser ouvida e pode, caso entenda pela procedência da nulidade, dar prosseguimento ao processo, na linha do que já previa o artigo 332, § 2º, do Código de Processo Civil de 1939, cujas razões permanecem atuais, à vista da intervenção estatal como interesse da sociedade, da livre concorrência e do desenvolvimento econômico e tecnológico do País, bem como para preservação da segurança do sistema de proteção conferido pelos bens de propriedade industrial.

Referências bibliográficas.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DE SOUZA, Antonio André Muniz. O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade de marca e patentes. *Revista da ABPI* n. 73, nov/dez 2004.

DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952. 2 v.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1930). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. 3 v.

Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados



Leonardo Estevam de Assis Zanini

Pós-doutorando em Direito pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio doutoral na Alemanha, na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz federal em São Paulo. Diretor acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo. Ex-delegado de Polícia Federal. Ex-procurador do Banco Central do Brasil. Ex-defensor público federal. Ex-bolsista da Capes.

RESUMO: Com o avanço da ciência se desenvolveu a engenharia genética, a qual, não obstante os inúmeros benefícios que proporciona, também representa grandes riscos para os seres humanos. Dentre os avanços trazidos pela engenharia genética estão os organismos geneticamente modificados, muitas vezes tratados simplesmente como transgênicos. Questões de ordem econômica, social, ética, científica e ambiental criaram um grande debate em torno desses organismos, levando à formação de dois blocos de países, um favorável e outro contrário à liberação dos OGMs. Juridicamente também foram concebidos princípios para a sustentação do posicionamento dos referidos países. No que diz respeito aos direitos do consumidor, a maior polêmica na seara dos transgênicos é a obrigatoriedade de rastreamento e rotulação, o que garantiria ao consumidor o direito de escolher consumir ou não produtos transgênicos. Destarte, diante das possibilidades e riscos trazidos pelos OGMs, vamos, no presente trabalho, tratar especificamente das relações existentes entre os direitos de informação e escolha do consumidor e o fornecimento de produtos geneticamente modificados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor. Direito à informação. Organismos geneticamente modificados. Transgênicos. Princípio da precaução. Princípio da equivalência substancial. Rotulação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escorço histórico. 3. Organismos geneticamente modificados e transgênicos. 4. Argumentos favoráveis e contrários ao consumo de OGMs. 5. O princípio da precaução no Brasil e na União Europeia. 6. Os princípios da precaução e da equivalência substancial: conflito ou complemento? 7. A necessidade de rotulação dos produtos transgênicos. 8. Propostas de alteração das regras de rotulação no Brasil. 9. A rotulação e o direito à informação na União Europeia. 10. A rotulação e o direito à informação na Alemanha. 11. O papel do Judiciário no cumprimento da legislação. 12. Considerações finais. Bibliografia.

1. Introdução.

As sociedades industrializadas contemporâneas são marcadas por uma grande mudança no que toca aos riscos produzidos pelas atividades humanas. Tal paradigma pode ser particularmente visualizado no âmbito dos produtos ligados à saúde e alimentação, visto que referidos produtos, cada vez mais, passam a fazer uso da biotecnologia.

Todavia, não estamos aqui afirmando que a biotecnologia é uma novidade da modernidade, uma vez que desde a Antiguidade o homem já buscava misturar características de organismos diferentes para a obtenção de produtos úteis.¹

De fato, a biotecnologia está presente em processos conhecidos há muito tempo, como é o caso da fermentação para fabricação de bebidas, entre elas a cerveja e o vinho, bem como na produção de pão e queijo.² Outro exemplo de utilização da biotecnologia é a penicilina, que foi descoberta por Alexander Fleming em 1928 e passou a ser produzida em larga escala durante a Segunda Guerra Mundial.³

Na verdade, melhor esclarecendo, a grande inovação da biotecnologia a que estamos fazendo referência é a engenharia genética, cujo progressivo aperfeiçoamento criou possibilidades nunca antes imaginadas,⁴ as quais, por outro lado, vieram acompanhadas de riscos também nunca previstos.

Dessa forma, diante das possibilidades e riscos trazidos pela engenharia genética,

vamos, no presente trabalho, tratar das relações existentes entre o direito de informação e escolha do consumidor e o fornecimento de produtos geneticamente modificados, cuidando, mais especificamente, dos aspectos relacionados à rotulagem dos referidos produtos.

2. Escorço histórico.

Como se sabe, a história da genética remonta aos experimentos com ervilhas desenvolvidos por Gregor Mendel, no século XIX. O passo seguinte foi dado em 1931, por Ernest Messenger, que expôs a ideia de que cada célula de um organismo vivo guardava a virtualidade da espécie e da raça. Porém, somente em 1953, com a descoberta da estrutura de dupla hélice do DNA por James Watson e Francis Crick, é que foi possibilitado aos cientistas o conhecimento acerca do processo pelo qual as informações genéticas armazenadas nas células eram duplicadas e transmitidas de geração para geração.⁵ Foi essa descoberta que criou as condições necessárias para o surgimento e desenvolvimento da engenharia genética.

Nessa linha, com a multiplicação, nos anos 70, dos estudos e das aplicações laboratoriais na seara da recombinação do patrimônio genético de organismos e micro-organismos, a engenharia genética começou a se desenvolver.⁶ E já no ano de 1970 pesquisadores norte-americanos conseguiram transferir partes de informações genéticas (genes) de um organismo (um sapo) para outro (uma bactéria), demonstrando que o código genético era universal.⁷

Na década de oitenta a engenharia genética avançou ainda mais, com o aumento do número de países que iniciaram expe-

1 A biotecnologia, como ensina Teresa Ancona Lopez, “consiste na utilização de materiais e processos biológicos para a obtenção de produtos úteis aos seres humanos” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213).

2 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 121-122.

3 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213.

4 *Ibidem*, p. 214.

5 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 122.

6 RASPADORI, Fabio. *OGM. Lineamenti della disciplina europea*. Perugia: Morlacchi, 2007, p. 21.

7 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 122.

rimentação em organismos geneticamente modificados, objetivando, particularmente, o desenvolvimento do setor farmacêutico e agrícola.⁸

Nessa década, em 1983, foi desenvolvida a primeira planta geneticamente modificada, uma espécie de tabaco resistente a antibióticos. Também no mesmo ano foi permitida a liberação, no meio ambiente, de um organismo geneticamente modificado. Tratava-se de uma bactéria que impedia a formação de cristais de gelo na superfície das plantas, com evidente potencial de aplicação em regiões agrícolas vulneráveis a geadas.⁹ Ademais, ainda em 1983, ocorreu a primeira aplicação comercial da engenharia genética, o que se deu por meio da transferência para uma bactéria do gene humano responsável pela produção de insulina.¹⁰

Todavia, não demorou muito para que os primeiros problemas com OGMs surtissem, valendo lembrar que em 1989, nos Estados Unidos, cinco mil pessoas ficaram doentes, trinta e sete morreram e mil e quinhentas ficaram inválidas após o consumo de um suplemento alimentar feito a partir de uma bactéria geneticamente modificada.¹¹

A despeito disso, o avanço dos organismos geneticamente modificados foi ainda maior na década de noventa. Assim, em 1990 o governo dos Estados Unidos aprovou o primeiro produto alimentício geneticamente modificado (uma enzima para fazer queijo) e em 1994 chegou aos supermercados do mesmo país o primeiro alimento transgênico (tomate Flav-Savr, que demora a amadurecer).

Ademais, viu-se nessa década um aumento da área global das culturas geneticamente modificadas, bem como sua comercialização, o que também ocorreu no Brasil, com a aprovação, em 1998, do plantio experimental de transgênicos.¹²



A expansão dos transgênicos nos anos que se passaram suplantou aquela assistida na década de noventa, surgindo, consequentemente, considerações de ordem econômica, social, ética, científica e ambiental, as quais levaram, no cenário internacional, à identificação de dois eixos de países. De um lado encontramos os países “mais receptivos à liberação do uso de organismos geneticamente modificados”, enquanto que do outro lado estão aqueles países que “veem com desconfiança a utilização de plantas e animais transgênicos para a alimentação humana e sua liberação no meio ambiente”.¹³

Pois bem, é a partir dessas considerações que os posicionamentos dos dois eixos de países vão entrar em choque, o que será explanado no decorrer deste trabalho. Porém, seja como for, é importante, até para a compreensão do debate acerca dos alimentos transgênicos, que não se descure da própria

8 RASPADORI, Fabio. *OGM. Lineamenti della disciplina europea*. Perugia: Morlacchi, 2007, p. 21.

9 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 122.

10 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 214.

11 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 122.

12 *Ibidem*, p. 122-123.

13 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 215.

conceituação dos organismos geneticamente modificados, bem como de seus eventuais benefícios e riscos, o que passaremos a fazer em seguida.

3. Organismos geneticamente modificados e transgênicos.

No Brasil a tarefa de definir o que é um organismo geneticamente modificado não foi deixada para a doutrina, já que o legislador nacional, desde a Lei nº 8.974/1995, incumbiu-se de tal mister.

Na Lei nº 8.974/1995, antiga Lei de Biossegurança, a definição de organismo geneticamente modificado estava expressa em seu artigo 3º, IV, que considerava como tal o “organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”.

Ademais, o parágrafo único do artigo supramencionado não considerava como OGM aqueles resultantes de técnicas que implicassem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvessem a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliploide e qualquer outro processo natural.

A Lei nº 11.105/2005, que revogou a Lei nº 8.974/1995, também optou pela definição dos organismos geneticamente modificados, o que é feito em seu artigo 3º, V, que considera OGM como “o organismo cujo material genético – ADN/ARN – tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”. E a referida lei, tal qual sua predecessora, excepcionou da categoria de OGM aqueles resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive a fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliploide e qualquer outro processo natural.

Outrossim, a Lei nº 11.105/2005 também excluiu da categoria de derivado de OGM, conforme disposição do artigo 3º, § 2º, “a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante”.

Pois bem, diante dos enunciados da Lei de Biossegurança, torna-se evidente que sua aplicação está restrita às modificações genéticas causadas pela intervenção humana em laboratório. Dessa forma, processos naturais de mutação, ou métodos tradicionais de cultivo, como os conhecidos “enxertos” no cultivo de vegetais, não podem ser tidos como OGM, exceto quando a transformação se der com o auxílio de um OGM.¹⁴

Seja como for, nossa legislação não foi além dos organismos geneticamente modificados, ou melhor, nada mencionou acerca dos transgênicos, que muitas vezes são tratados simplesmente como sinônimos de OGMs.

Os transgênicos, entretanto, não são sinônimos de OGMs, pois, em realidade, os transgênicos são espécies de OGMs, uma vez que:

(...) além de serem organismos cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia, envolvem a transferência de material genético de uma espécie para outra.¹⁵

Assim sendo, quando utilizamos a expressão transgênicos, não podemos nos esquecer que ela pressupõe a transferência de material genético de uma espécie para outra.

Da mesma forma, no âmbito da União Europeia, também encontramos uma definição da legislação. Realmente, a Diretiva

14 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 147.

15 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213.

2001/18/CE entende como organismo geneticamente modificado, conforme dispõe seu artigo 2º:

Art. 2º. (...) qualquer organismo, com exceção do ser humano, cujo material genético tenha sido modificado de uma forma que não ocorre naturalmente por meio de cruzamentos e/ou de recombinação natural.

E a definição de OGM trazida pela Diretiva 2001/18/CE também foi adotada pelo Regulamento nº 1829/2003, o qual trata dos gêneros alimentícios e alimentos para animais geneticamente modificados.¹⁶

Destarte, da comparação entre as duas legislações, pode-se constatar a proximidade entre os conceitos adotados, bem como a ausência de uma definição ou tratamento específico para os transgênicos, valendo, por conseguinte, as disposições relativas aos OGMs. Porém, as semelhanças entre o tratamento brasileiro e o da União Europeia, como veremos mais adiante, vão muito além das definições.

4. Argumentos favoráveis e contrários ao consumo de OGMs.

O tema do consumo de OGMs é bastante polêmico, existindo argumentos muito convincentes tanto a seu favor como contrários. De qualquer forma, o certo é que a engenharia genética ainda está dando seus primeiros passos, o que torna ainda mais difícil uma tomada de posição. Todavia, isso não impede a abertura de espaço para um amplo debate em relação às vantagens e riscos que envolvem os alimentos transgênicos.

De acordo com a indústria da biotecnologia, os OGMs representam uma segura e natural extensão dos métodos tradicionais de cruzamento para a obtenção de novas variedades de culturas e animais. Assim, como a humanidade selecionou e manipulou plantas e animais durante milênios, esta nova tecnologia seria simplesmente um estágio ulterior de tal processo.¹⁷

E ao lado dessa forma natural de encarar a engenharia genética, seus defensores apresentam vários argumentos favoráveis à sua utilização. Iniciamos com aquele relacionado ao fim da fome no mundo, ou seja, os alimentos transgênicos seriam a solução para esse problema, uma vez que sua produção é maior e mais barata que a dos alimentos convencionais, além de utilizarem menos defensivos agrícolas e serem dotados de maior resistência e durabilidade.¹⁸ Todavia, parece-nos que o problema da fome está mais ligado à distribuição de renda e de alimentos, mesmo porque, como é sabido, uma grande quantidade de alimentos é desperdiçada diariamente por nações ricas e industrializadas.

No que toca aos riscos, asseveram os defensores dos transgênicos que, mesmo depois de vários anos de utilização, nada teria sido confirmado. Ponderam, ainda, que tais produtos já trazem grandes benefícios para a agricultura e para o meio ambiente, tomando como exemplo as plantas resistentes a pragas, que reduzem o uso de defensivos agrícolas e contribuem para a diminuição da poluição.¹⁹

Outra vantagem dos transgênicos seria a possibilidade de produzir alimentos mais nutritivos, mais saborosos e até alimentos

16 Art. 2º, 5 do Regulamento nº 1829/2003: “Entende-se por ‘organismo geneticamente modificado’ ou ‘OGM’, o organismo geneticamente modificado tal como definido no nº 2 do art. 2º da Diretiva 2001/18/CE, excluindo os organismos obtidos através das técnicas de modificação genética enumeradas no anexo I B da Diretiva 2001/18/CE”.

17 MARIANI, Marina. *Alimenti geneticamente modificati*. Milano: Hoepli, 2001, p. 32.

18 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 126.

19 *Ibidem*, p. 126-127.

que serviriam como remédio²⁰ ou vacina.²¹ Ainda, a essa lista de vantagens acrescentam Philippe Kourilsky e Geneviève Viney a possibilidade da transgenia eliminar certas alergias alimentares, como a que ocorre em relação ao arroz.²²

Por outro lado, entre os argumentos contrários encontramos os riscos econômico-sociais, os riscos ambientais e os riscos à saúde humana.

Há riscos econômico-sociais para os pequenos agricultores, que não terão acesso às vantagens proporcionadas pelas avançadas tecnologias desenvolvidas pelas empresas multinacionais e colocadas à disposição das grandes empresas rurais. Consequentemente, os pequenos agricultores seriam levados à ruína, o que geraria desemprego no campo.

Nesse ponto, é igualmente relevante o problema econômico gerado pelas patentes, já que, como é sabido, as linhagens transgênicas são protegidas pelos direitos intelectuais, sendo devido o pagamento de vultosas quantias pela sua utilização.

20 Esse é o objetivo da Universidade de Fortaleza, que pretende, com o uso de linhagens transgênicas de caprinos, a produção de leite “fortificado” com proteínas humanas, o qual seria capaz combater a diarreia infantil (RIGHETTI, Sabine. Ceará fará leite com proteína humana. *Folha de São Paulo*, 28 ago. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/790369-ceara-fara-leite-com-proteina-humana.shtml>>. Acesso em: 01 out. 2010).

21 Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno cita a seguinte notícia, veiculada no jornal *Estadão*, em novembro de 2001: “Arroz com betacaroteno ou com ferro, e milho com mais proteína. Quem sabe até verduras, legumes e frutas personalizadas para quem tem alergia a um de seus componentes. Não se trata de ficção, mas das possibilidades de aplicação da tecnologia dos transgênicos para a criação de novos alimentos. Melhorar a produção agrícola foi o primeiro objetivo do desenvolvimento dos produtos transgênicos. A segunda fase, que já começou em laboratórios do exterior, vai criar alimentos transgênicos com benefícios nutricionais. A transgenia ainda promete uma terceira fase: a veiculação de vacinas por meio de frutas e vegetais modificados geneticamente” (FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Bio-direito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 172).

22 KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 112.

Outrossim, muitas vezes as grandes empresas produtoras de transgênicos acabam proibindo os agricultores de produzirem suas próprias sementes para o próximo plantio, obrigando-os a comprar novamente as sementes e pagar os direitos intelectuais relacionados ao seu uso.²³

Tudo isso demonstra que a capacidade de modificar geneticamente as plantas pode ser utilizada como um instrumento de dominação econômica do mercado agrícola,²⁴ o que parece estar ocorrendo, por exemplo, no Brasil, onde a empresa Monsanto tem sido alvo de acusações e ações judiciais de produtores rurais, que alegam que a multinacional tem cobrado ilegalmente *royalties* e restringido a produção de sementes convencionais.

Outro problema econômico está ligado à impossibilidade de identificação de OGMs em produtos importados, o que impediria o consumidor de optar pelo consumo de produtos convencionais ou transgênicos.

Em relação ao meio ambiente, argumenta-se que as espécies transgênicas poderiam levar à redução da variabilidade genética. Realmente, devido à resistência dos transgênicos aos defensivos agrícolas, espécies nativas não resistentes aos poderosos agrotóxicos acabariam sendo destruídas.²⁵

Ademais, o aumento na utilização de agrotóxicos poderia conduzir ao surgimento de pragas mais resistentes, ou mesmo a uma reviravolta ecológica, o que já ocorreu na China, onde a utilização de uma variedade de algodão transgênico permitiu o controle de lagartas que ameaçavam as plantações, mas um

23 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 128-129.

24 PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, jan./mar. 2005, p. 65.

25 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 130.

percevejo outrora inofensivo virou praga.²⁶

Isso indica a existência de consideráveis riscos de alteração do ecossistema, já que não se sabe o que ocorrerá com a introdução de uma nova espécie, que certamente estabelecerá novas cadeias biológicas de sobrevivência e de multiplicação das espécies naturais.²⁷ Aliás, o problema é detectado não somente com espécies transgênicas, mas também nos casos de introdução de uma espécie proveniente de ecossistema diverso, como ocorreu com a introdução do coelho na Austrália, que se tornou uma verdadeira praga.

A polinização cruzada é outro ponto discutido, já que é possível a contaminação de espécies não transgênicas devido à proximidade de plantas transgênicas.²⁸ E a contaminação também poderia se dar em espécies animais.

No que diz respeito à saúde humana, não é possível determinar quais são os riscos exatos a que estarão sujeitos os consumidores de alimentos geneticamente modificados, no entanto, já foram detectados problemas relacionados ao aumento de alergias,²⁹ à re-

sistência bacteriana a antibióticos, à potencialização dos efeitos de substâncias tóxicas,³⁰ ao aumento de resíduos de agrotóxicos nos alimentos, rios e solos.³¹

E todos esses problemas estão ligados ao fato de que os genes e respectivas proteínas de um organismo evoluíram de modo a trabalhar, nesse organismo, em conjunto. Dessa forma, o gene e a respectiva proteína de um animal, quando introduzidos em outro organismo, como um vegetal, podem não trabalhar como no organismo original, ocasionando efeitos colaterais, tais como toxinas, alergias e alterações em valores nutricionais.³²

26 GARCIA, Rafael. Transgênico mata uma praga e traz outra. *Folha de São Paulo*, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u735069.shtml>>. Acesso em: 03 out. 2010.

27 FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 173.

28 Justamente diante de tal problema é que a legislação alemã, em conformidade com as regras de coexistência, estabeleceu a distância mínima de 150 metros entre as margens das lavouras (GOEHL, Susanne Annelie. *Gentechnik, Recht und Handel: genmanipulierte landwirtschaftliche produkte als gegenstand des öffentlichen wirtschaftrchts*. Hamburg: Diplomica, 2009, p. 43).

29 No que diz respeito a alergias, José Geraldo Brito Filomeno cita o seguinte estudo: “Geralmente um alergênico pode ser introduzido num alimento como resultado fortuito da engenharia genética aplicada por alguma outra razão. E um desses casos já foi observado. A empresa ‘Pioneer Seeds’ tem tentando modificar sementes de soja a fim de aumentar sua qualidade como alimento animal. Um dos problemas com a soja como fonte de proteína para animais é que sua casca contém fortes componentes aminoácidos sulfúricos. E para demonstrar isso os próprios cientistas da Pioneer transferiram um gene da castanha-do-pará para a soja. Embora a proteína da castanha-do-pará que foi transferida não seja conhecida (ou

previamente identificada) como um alergênico, a Pioneer contratou o Dr. Steven Taylor, um especialista em alergias derivadas de alimentos da Universidade de Nebraska, para testar a soja geneticamente modificada. Usando soros de alguns de seus pacientes acometidos de alergia pela ingestão de castanha-do-pará, o Dr. Taylor demonstrou que os soros reagiram fortemente em face da soja modificada, demonstrando que esses pacientes poderiam ter uma reação alérgica à soja se a tivessem consumido. A indústria frequentemente afirma que as suscetibilidades a alergenicidades não constituem problema mais grave porque existem apenas alguns alergênicos. Mas a pesquisa tem demonstrado que para qualquer alimento, sempre há um percentual da população que lhe é alérgica. Desta forma, em adição a alergênicos comuns (em termos de número de pessoas que são suscetíveis à sua reação), tais como aqueles presentes nos amendoins, sojas, leite, trigo, ostras, e ovo, há alergênicos incomuns, como aqueles presentes no aipo, cenouras, couves, bananas, melancia, morangos, laranjas, temperos etc. Além disso, novos alimentos podem causar alergias. O kiwi só recentemente foi acrescentado à dieta das pessoas nos Estados Unidos, e já se contam alguns casos de alergias pelo seu consumo” (FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 175).

30 E no que toca às substâncias tóxicas, adverte José Geraldo Brito Filomeno que da manipulação genética podem surgir toxinas até mortais, ou então toxinas já existentes naturalmente nos produtos agrícolas podem ser potencializadas (FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 174).

31 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 131.

32 MARIANI, Marina. *Alimenti geneticamente modificati*. Milano: Hoepli, 2001, p. 39.

Todavia, isso não significa que a engenharia genética deve ser considerada perigosa tão somente por se tratar de um método artificial. Na verdade, como mencionado, os potenciais riscos da engenharia genética, que devem ser muito bem ponderados, estão ligados ao fato de que não sabemos como um gene e uma proteína, que atuam há milhões de anos em conjunto em um organismo, se comportarão quando introduzidas em outro.³³

Por conseguinte, diante dos potenciais riscos apresentados pelos OGMs, muitas nações aplicam ao tema o princípio da precaução, pois, como muito bem pondera Teresa Ancona Lopez, “não há solução para esse debate e somente daqui a muitos anos é que saberemos quem estava com a razão”.³⁴

5. O princípio da precaução no Brasil e na União Europeia.

O princípio da precaução foi introduzido há muito pouco tempo no Direito, encontrando espaço inicialmente no Direito Ambiental. Em debates internacionais podemos constatar sua presença desde a “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano”, realizada no ano de 1972, em Estocolmo.³⁵ A partir daí muitos outros diplomas internacionais albergaram o princípio da precaução entre seus postulados.³⁶

No que diz respeito mais especificamente aos organismos geneticamente modificados, é relevante lembrarmos que o princípio foi consagrado, em 1992, pela Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), que dispõe em seu princípio 15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Daí em diante o princípio começou a ser aplicado também em outros ramos do Direito, buscando-se a proteção da incolumidade física e da saúde dos indivíduos, no que está compreendida a segurança alimentar.³⁷ Aliás, como advertem Philippe Kourilsky e Geneviève Viney, o campo de aplicação da precaução é extremamente vasto, ultrapassando os três setores normalmente identificados (saúde, alimentação e meio ambiente) para cobrir outros domínios, como aquele das liberdades públicas.³⁸

De acordo com Teresa Ancona Lopez, o 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.³⁹

Assim, no princípio da precaução estamos diante de riscos-potenciais, havendo

³³ *Ibidem*, p. 38.

³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 212.

³⁵ *Ibidem*, p. 97.

³⁶ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, jan./mar. 2005, p. 60.

³⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 99.

³⁸ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 39.

³⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101.

incerteza quanto à superveniência de um prejuízo, justamente o caso dos alimentos geneticamente modificados, que representam forte probabilidade de prejuízos aos seus consumidores, bem como ao meio ambiente. E nesse ponto o princípio da precaução se diferencia do princípio da prevenção, já que neste os riscos não são potenciais, mas sim constatados.⁴⁰

No Brasil, diante dos organismos geneticamente modificados, temos clara aplicação do princípio da precaução, seja sob a ótica do Direito Ambiental (que faremos sucinta menção a seguir), ou do Direito do Consumidor (que veremos mais adiante).

No que toca ao Direito Ambiental, o princípio da precaução encontra fundamento no artigo 225 e parágrafos da Constituição Federal, merecendo destaque os incisos V e VII do § 1º.

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), por sua vez, na parte final do *caput* de seu artigo 1º, também determinou expressamente a “observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.⁴¹

Outrossim, pelo fato do Brasil ser país aderente do Protocolo de Cartagena, igual-

mente se comprometeu, no âmbito internacional, a cuidar das questões relativas aos OGMs com observância do princípio da precaução.⁴²

Na União Europeia também se reconheceu a importância do princípio da precaução, tanto é que tal princípio figura nos Tratados de Maastricht, Amsterdã e Nice.⁴³

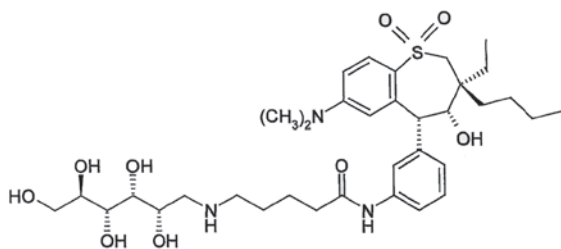
Realmente, o princípio é previsto pelo Tratado da Comunidade Europeia como fundamento da política ambiental, tendo sido inserido por modificações trazidas pelo Tratado de Maastricht. E de acordo com a Corte de Justiça, as disposições do Tratado que exprimem os objetivos fundamentais e princípios essenciais, como o princípio da precaução, têm valor constitucional.⁴⁴

Além do valor constitucional, o princípio da precaução é visto como um princípio geral do Direito Comunitário, cuja aplicação não é limitada ao Direito Ambiental, espraiando seus efeitos a todas as matérias comunitárias de interesse, em particular à tutela da saúde e do consumo.⁴⁵

Outrossim, ao lado das disposições dos tratados, o princípio também foi consagrado pelo artigo 7º do Regulamento nº 178, de 28 de janeiro 2002, editado pela União Europeia como o regime de segurança alimentar a ser observado pelos países membros, senão vejamos:

Princípio da precaução

1. Nos casos específicos em que, na sequência de uma avaliação das informações disponíveis, se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico, podem ser adotadas as me-



40 *Ibidem*, p. 101.

41 “Art. 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

42 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 218.

43 FROTA, Mário. Segurança alimentar – imperativo de cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, out./dez. 2002, p. 73.

44 PRATI, Luca. *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2008, v. 3, p. 61.

45 *Ibidem*, p. 61.

didadas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de proteção da saúde por que se optou na Comunidade, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos.

2. As medidas adotadas com base no nº 1 devem ser proporcionais e não devem impor mais restrições ao comércio do que as necessárias para se alcançar o elevado nível de proteção por que se optou na Comunidade, tendo em conta a viabilidade técnica e econômica e outros fatores considerados legítimos na matéria em questão. Tais medidas devem ser reexaminadas dentro de um prazo razoável, consoante a natureza do risco para a vida ou a saúde e o tipo de informação científica necessária para clarificar a incerteza científica e proceder a uma avaliação mais exaustiva do risco.

Ademais, também vamos encontrar o princípio da precaução nas disposições da Diretiva 2001/18/CE, o que, mais uma vez, mostra sua importância na legislação da União Europeia.

Porém, não se trata apenas de previsão normativa, a União Europeia, por diversas vezes, já colocou em prática o princípio em exame, bastando recordar a atuação da comunidade diante da encefalopatia espongiforme bovina, vulgarmente conhecida como doença da vaca louca, dos produtos cosméticos e das carnes com hormônio.⁴⁶

No caso da encefalopatia espongiforme bovina, por exemplo, a Decisão 96/239/CE determinou, como medida de urgência, que fosse proibido o envio de animais vivos e de carne bovina e seus derivados do Reino Unido para outro membro da União Europeia. O Reino Unido recorreu à Corte Europeia, a qual decidiu que, quando a existência e a extensão dos riscos para a saúde humana são incertos,

as medidas protetivas não devem esperar pela existência e clara comprovação desses riscos.⁴⁷

Portanto, a União Europeia, com base no princípio da precaução, a fim de garantir a proteção de bens fundamentais como a saúde ou o meio ambiente, tem adotado medidas de cautela, incluindo aí as situações de incerteza científica, onde o risco é apenas hipotético, não demonstrado cientificamente.⁴⁸

Entretanto, o mesmo caminho trilhado pelo Direito pátrio e europeu não vem sendo seguido pelos Estados Unidos, onde foi adotado o princípio da equivalência substancial.

6. Os princípios da precaução e da equivalência substancial: conflito ou complemento?

Realmente, nos Estados Unidos a *Food and Drug Administration* (FDA), em 1990, fixou, como sendo essencial na segurança de produtos transgênicos, o cotejo com produtos similares dotados de padrão de segurança aceitável.⁴⁹

Esse também é o posicionamento da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sendo certo que o conceito de equivalência substancial surgiu no ano de 1993, em uma publicação da OCDE.⁵⁰

Pelo princípio da equivalência substancial objetiva-se concluir que um alimento geneticamente modificado é tão seguro quanto seu análogo sem modificação genética, o qual já possui um histórico de uso seguro. A avaliação é comparativa, identificando-se, por conseguinte, as semelhanças e diferenças

46 RASPADORI, Fabio. *OGM. Lineamenti della disciplina europea*. Perugia: Morlacchi, 2007, p. 87-88.

47 GORNY, Dietrich. *Grundlagen des europäischen Lebensmittelrechts: Kommentar zur Verordnung (EG) 178/2002*. Hamburg: Behr's, 2003, p. 83.

48 PRATI, Luca. *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2008, v. 3, p. 62.

49 VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, jan./fev. 2007, p. 112.

50 *Ibidem*, p. 112.

entre os alimentos convencionais e os geneticamente modificados.⁵¹

Desta forma, após o estudo de equivalência substancial, o produtor pode obter permissão do FDA para liberar o alimento geneticamente modificado para consumo nos Estados Unidos, sem necessidade de rotulagem. Considera-se a equivalência substancial suficiente, dada a incapacidade de se comprovar os efeitos negativos do consumo de determinado produto para a saúde humana, favorecendo-se o produtor do “benefício da dúvida”.⁵²

Ocorre que, em um primeiro momento, o termo sugeria que dois alimentos eram equivalentes em todas as características que revestiam interesse para o consumidor, ou seja, segurança, valor nutritivo e composição. Entretanto, hodiernamente, os pesquisadores comparam somente algumas características dos alimentos modificados com aquelas dos alimentos naturais.⁵³

De tal arte, se as características levadas em consideração não resultarem muito diversas entre os dois tipos de alimentos, então simplesmente se conclui que o alimento geneticamente modificado é substancialmente equivalente ao correspondente não modificado.⁵⁴

Sobre o tema, Nutti e Watanabe tecem críticas muito pertinentes:

O fato de um alimento geneticamente modificado ser substancialmente equivalente ao análogo convencional não significa que o mesmo seja seguro, nem elimina a necessidade de se conduzir uma avaliação rigorosa para garantir a segurança do mesmo antes que sua comercialização seja permitida. Por outro lado, a não constatação do ES [equiva-

lência substancial] não significa que o alimento geneticamente modificado não seja seguro, mas que há a necessidade de se prover dados de maneira extensiva, que demonstrem sua segurança.⁵⁵



Daí, pode-se afirmar que a equivalência substancial não é a solução para o problema da detecção dos riscos dos OGMs, mas sim mais um critério que pode auxiliar na identificação dos riscos relacionados ao consumo de referidos produtos,⁵⁶ mesmo porque, como visto, para a aferição da equivalência substancial podem ser levadas em conta apenas algumas características dos produtos.

Na verdade, o que há não é uma disputa entre princípios jurídicos, mas sim uma disputa entre interesses econômicos e políticos, a qual acaba refletindo na adoção dos princípios jurídicos relativos à produção e consumo de alimentos transgênicos.

Consequentemente, os países favoráveis à liberação dos transgênicos, guiados pelo

51 *Ibidem*, p. 113.

52 *Ibidem*, p. 113.

53 MARIANI, Marina. *Alimenti geneticamente modificati*. Milano: Hoepli, 2001, p. 40.

54 *Ibidem*, p. 40.

55 WATANABE, Edson; NUTTI, Marília Regini. Alimentos geneticamente modificados: avaliação de segurança e melhorias de qualidade em desenvolvimento. *Revista Brasileira de Milho e Sorgo*, América do Norte, v. 1, n. 1, p. 01-14, abr. 2010. Disponível em: <<http://rbms.cnpms.embrapa.br/index.php/ojs/article/view/3>>. Acesso em: 05 out. 2010.

56 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 127.

interesse de transnacionais detentoras de tecnologia, como é o caso dos Estados Unidos, seguem o princípio da equivalência substancial, enquanto que os países contrários, como aqueles pertencentes à União Europeia, adotam o princípio da precaução.

Seja como for, deixando-se de lado o conflito supramencionado, deve ficar claro que a aplicação do princípio da precaução aos OGMs “não significa que a indústria deva apresentar provas absolutas e incontestáveis de que os transgênicos são perfeitamente seguros”. Na verdade, o que deve ser demonstrado é que, “diante das pesquisas e testes possíveis de serem efetivados, dentro de prazo razoável e necessário para se ultimarem esses estudos científicos, os transgênicos se apresentam como”⁵⁷ não agressores do meio ambiente e seguros para o consumo humano.

Assim sendo, fica evidente que na matéria em estudo é fundamental o gerenciamento de riscos, mesmo porque o risco zero é uma utopia, “pois sempre haverá um risco residual, que ainda é risco, que deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos”.⁵⁸

Em última instância, “deve haver uma ponderação entre a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de um lado, e o princípio da precaução, de outro”,⁵⁹ devendo prevalecer, a nosso ver, o que melhor preservar a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, concluímos que os princípios da precaução e equivalência substancial deveriam ser vistos como complementares, já que tal posicionamento leva exatamente à melhor preservação da dignidade da pessoa humana.

7. A necessidade de rotulação dos produtos transgênicos.

No Brasil, a Constituição Federal reconheceu a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, CF), incluindo-a, igualmente, entre os princípios gerais a serem observados pela atividade econômica (art. 170, V, CF). Em cumprimento aos ditames constitucionais foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o qual definiu princípios e estabeleceu os direitos básicos dos consumidores.

No Código de Defesa do Consumidor foram fixados os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, entre eles, no tocante aos organismos geneticamente modificados, podemos relacionar o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor, bem como a observância de transparência nas relações de consumo (art. 4º, *caput*, CDC).

Já entre os direitos básicos do consumidor, devemos aqui arrolar a proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha, bem como o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, I, II e III, CDC).

Com isso, diante da legislação de proteção do consumidor, fica evidente que os alimentos que contenham ou sejam produzidos a partir de OGMs devem ser devidamente rotulados e rastreados, garantindo-se ao consumidor seu direito à informação,⁶⁰ à

57 VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução *versus* princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, jan./fev. 2007, p. 115.

58 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 31.

59 *Ibidem*, p. 219.

60 Aliás, no que toca à liberdade de escolha, da mesma forma que é garantido ao indivíduo o direito de adotar uma dieta vegetariana ou uma dieta ligada à sua religião, também deve ser outorgado o mesmo direito em relação aos OGMs, ou seja, o indivíduo tem direito a adotar uma dieta livre de OGMs, o que somente pode ser feito se for informado acerca da presença de OGMs nos alimentos que consome (KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 112).

liberdade de escolha e à hipotética proteção de sua vida, saúde e segurança.

Ademais, a exigência de rotulação e rastreamento também está em consonância com o disposto nos artigos 8º, 9º, 10, 31 e 66 do Código de Defesa do Consumidor.

E reforçando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) dispôs em seu artigo 40 que:

Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter a informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

Assim, para dar cumprimento ao disposto na Lei de Biossegurança, foi editado o Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003, o qual determinou, em seu artigo 2º, que:

Art. 2º. Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com a presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.

Além disso, tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou *in natura*, prevê o § 1º do artigo 2º do Decreto nº 4.680/2003 que:

Art. 2º. (...)
§ 1º. (...) o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingre-

diente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.

Também deverá ser informado ao consumidor, conforme o § 2º do mesmo artigo, a espécie doadora do gene, o que deverá ser feito no local reservado para identificação dos ingredientes.

Outrossim, pela regra, para facilitar a visualização do consumidor, o rótulo deve conter ainda o símbolo que indica a presença de transgênico. Em conformidade com o estabelecido pela Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003, do Ministério da Justiça, o símbolo consiste em um triângulo com a letra “T” em seu interior, sendo suas bordas e a letra na cor preta e o seu fundo interno na cor amarela.

Em caso de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos, o artigo 3º do Decreto nº 4.680/2003 dispõe que os alimentos e ingredientes produzidos a partir desses animais deverão:

Art. 3º. (...) trazer no painel principal, em tamanho e destaque previstos no artigo 2º, a seguinte expressão: “(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico” ou “(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico”.

Ainda, nossa legislação faculta a rotulagem indicativa da ausência de transgênicos para os alimentos e ingredientes que não contenham nem sejam produzidos a partir de OGMs,⁶¹ desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro.

Pois bem, dessas disposições fica claro

61 Art. 4º do Decreto nº 4.680/2003: “Aos alimentos e ingredientes alimentares que não contenham nem sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem (nome do produto ou ingrediente) livre de transgênicos, desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro”.

que o Brasil adotou um sistema de rotulação bastante abrangente para os organismos geneticamente modificados, similar ao sistema europeu. E para além da abrangência, poderíamos até falar em uma certa agressividade da rotulação, visto que o símbolo adotado pelo Ministério da Justiça, expressamente proibido na Europa, é capaz de induzir o consumidor leigo “a acreditar que se trata de algo venenoso ou extremamente prejudicial à sua saúde”.⁶²

Exatamente por isso é que existem iniciativas de congressistas no sentido de se modificar a legislação que cuida da rotulagem, o que passaremos a ver no próximo tópico.

8. Propostas de alteração das regras de rotulação no Brasil.

De fato, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado tramitam projetos que objetivam alterar as regras da rotulação.

O Projeto de Decreto Legislativo nº 90/2007, de autoria da senadora Katia Abreu, propõe a alteração do atual Decreto de rotulagem para tornar inexigível a inserção do símbolo “T” e a rotulagem dos alimentos e ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com rações contendo ingredientes transgênicos.⁶³

Já o Projeto de Lei nº 4.148/2008, de autoria do deputado federal Luiz Carlos Heinze, pretende alterar o artigo 40 da Lei de Biossegurança, propondo as mesmas alterações da senadora Kátia Abreu, bem como exigindo a rotulação de alimentos apenas nos casos de presença superior a 1% de OGMs na composição final, a qual será detectada em análise específica.

Com isso, somente será necessária a rotulação quando for detectável a presença

de OGM no produto final. Dessa forma, se eventualmente forem aprovados, em especial o segundo projeto, teremos como resultado a mudança de paradigma da legislação, que passará do critério da rastreabilidade, também adotado na União Europeia, para o critério da detectabilidade.

Por conseguinte, com a alteração do critério, ficará mais fácil a fuga da rotulagem, bastando aos fabricantes a destinação dos grãos transgênicos a alimentos altamente processados (como óleos) e a ração animal, impedindo a detecção de OGMs nos testes laboratoriais.

Por isso, muitos defensores dos consumidores entendem que essas propostas afrontam o interesse público, contrariando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança,⁶⁴ bem como decisões judiciais reconhecendo e exigindo a informação nos rótulos, mesmo que abaixo de 1% de ingredientes transgênicos.⁶⁵

Daí se percebe que atualmente o maior debate no que toca aos transgênicos está relacionado à delimitação do percentual de OGMs existente nos alimentos disponíveis aos consumidores.⁶⁶ E não obstante o alinhamento de nossa legislação às disposições de muitas nações desenvolvidas, parece-nos que não se pode negar ao consumidor o direito de obter as informações sobre o produto que vai consumir, especialmente se estamos lidando com produtos que contenham elementos geneticamente modificados.

Portanto, sob pena de se estar desrespeitando direitos do consumidor, acreditamos que o correto é a rotulagem do produto transgênico, independentemente do percentual

62 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 221.

63 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 140.

64 O Protocolo de Cartagena está em vigor desde 22 de fevereiro de 2004, tendo sido incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.705/2006.

65 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 140.

66 GASPARINI, Bruno. *Transgenia na agricultura*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 257.



de transgenia nele encontrado, pois somente assim a escolha do consumidor irá refletir precisamente sua vontade, o que nos leva a concluir que não deveria existir o patamar de 1%, previsto no Decreto nº 4.680/2003.

9. A rotulação e o direito à informação na União Europeia.

Apesar da inegável necessidade, já que o comércio internacional de transgênicos está em ampla expansão, ainda não há consenso internacional no que diz respeito às regras para rotulagem desses produtos. Seja como for, é certo que as normas de rotulagem são adotadas por uma ampla gama de países.⁶⁷

A União Europeia, diferentemente do Estados Unidos, determina que os gêneros alimentícios transgênicos sejam rotulados, independentemente de sua equivalência substancial, aplicando, desta forma, como já mencionado, o princípio da precaução.⁶⁸

Na visão da União Europeia, a justificação para a rotulagem está não somente na gestão de riscos derivados da incerteza, mas também na observância dos direitos do con-

sumidor à informação e escolha.⁶⁹

Esse posicionamento acabou sendo construído durante a crise gerada pela encefalopatia espongiforme bovina, quando os estados-membros e os cidadãos europeus colocaram em discussão a capacidade da União Europeia de proteger a saúde da população.⁷⁰

Assim, diante da necessidade de restabelecer a confiança dos cidadãos nas instituições, partiu-se para um ambicioso projeto de regulamentação do sistema agroalimentar, de maneira que a segurança alimentar teve seu conteúdo alterado e os direitos dos consumidores se ampliaram.⁷¹

Foram garantidos, por conseguinte, ao lado do direito à saúde, os direitos à informação e à escolha, os quais não encontravam tutela em nível global (OMC) ou em algum acordo multilateral.⁷²

Nesse contexto, encontrou espaço a Diretiva 2001/18/CE, que substituiu a Diretiva 90/220/CE e regulamentou a colocação de OGMs no mercado, impondo não só autorização inicial, baseada na valoração dos riscos relacionados ao meio ambiente e à saúde do consumidor, mas também o monitoramento dos efeitos pós-introdução no mercado, a necessidade de rotulagem e a aplicação de procedimentos para o rastreamento.⁷³

Outrossim, a normatização europeia exige o amplo rastreamento e a rotulagem do produto, ainda que em sua composição final não haja nenhum vestígio de OGM, o que certamente encarece os custos de sua produção.

E essas exigências ficam bem evidentes no Regulamento nº 1830/2003/CE,⁷⁴ que ex-

67 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 141.

68 VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, jan./fev. 2007, p. 115, p. 113.

69 FONTE, Maria. *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*. Milano: FrancoAngeli, 2004, p. 26.

70 *Ibidem*, p. 29.

71 *Ibidem*, p. 29.

72 *Ibidem*, p. 29.

73 *Ibidem*, p. 30.

74 Art. 2º do Regulamento nº 1830/2003/CE: “1. O presente regulamento é aplicável, em todas as fases da colocação no

pressamente exige rastreamento e rotulagem de produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM, demonstrando a preocupação da União Europeia com toda a cadeia produtiva.⁷⁵

Na verdade, deve-se compreender a lógica do sistema europeu, uma vez que o rastreamento é uma condição para a correta rotulagem, de maneira que uma confiável e correta etiquetagem somente será possível se existir um sistema que acompanhe toda a cadeia produtiva.⁷⁶

Entretanto, a rotulagem não se aplica aos vestígios de OGM presentes em produtos numa proporção não superior a 0,9%, desde que a presença seja acidental ou tecnicamente inevitável.⁷⁷

E o rigorismo da regulamentação da União Europeia levou os Estados Unidos, o Canadá e a Argentina a discutirem tais regras na OMC, onde foi alegado que as medidas da

União Europeia constituíam barreira regulatória ao acesso ao mercado.

Todavia, o recurso à OMC direcionava-se basicamente às regras de rotulagem, visto que países como os Estados Unidos, que utilizam em larga escala as técnicas de engenharia genética, possuem sistemas de rotulagem facultativa, a qual somente se torna necessária, no caso dos Estados Unidos, “quando não houver para o produto transgênico um convencional análogo que se ajuste ao princípio da equivalência substancial”.⁷⁸

De qualquer forma, como assevera Teresa Ancona Lopez:

(...) a formulação de consulta à OMC deixa claro que existe uma interface de conflito entre o desenvolvimento do comércio internacional e a efetivação de instrumentos internacionais de defesa do meio ambiente, mais especificamente o Protocolo de Cartagena sobre Biodiversidade.⁷⁹

E acrescentaríamos também o conflito atinente ao direito à saúde, informação e escolha do consumidor.

10. A rotulagem e o direito à informação na Alemanha.

Na Alemanha, a adequação da legislação de regulação da engenharia genética à Diretiva 2001/18/CE não se deu de uma só vez, mas sim de forma parcelada.⁸⁰

As sucessivas alterações legislativas colocaram em evidência as medidas de proteção do ser humano e do meio ambiente, a liberdade de escolha dos agricultores e dos consumi-

mercado, a: a) Produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM, colocados no mercado em conformidade com a legislação comunitária; b) Gêneros alimentícios produzidos a partir de OGM, colocados no mercado em conformidade com a legislação comunitária; c) Alimentos para animais produzidos a partir de OGM, colocados no mercado em conformidade com a legislação comunitária”.
75 GOEHL, Susanne Annelie. *Gentechnik, Recht und Handel: genmanipulierte landwirtschaftliche produkte als gegenstand des öffentlichen wirtschaftsrechts*. Hamburg: Diplomica, 2009, p. 45-46.

76 *Ibidem*, p. 46.

77 “Art. 21 da Diretiva 2001/18/CE: 1. Os Estados-Membros devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que, em todas as fases da colocação no mercado, a rotulagem e embalagem dos produtos colocados no mercado que contenham ou sejam constituídos por OGM sejam conformes com os requisitos relevantes que constem da autorização por escrito a que é feita referência no n° 3 do artigo 15°, nos n°s 5 e 8 do artigo 17°, no n° 2 do artigo 18° e no n° 3 do artigo 19°. 2. Relativamente aos produtos aos quais seja impossível de excluir a existência de vestígios de OGM autorizados, fortuita ou tecnicamente inevitável, pode ser fixado um limiar mínimo abaixo do qual esses produtos não têm de ser rotulados em conformidade com o disposto no n° 1. Os limiares devem ser fixados consoante o produto em questão nos termos do n° 2 do artigo 30°. 3. No que respeita aos produtos destinados ao processamento direto, o disposto no n° 1 não é aplicável aos vestígios de OGM autorizados numa proporção não superior a 0,9 % ou a limiares mais baixos estabelecidos ao abrigo do n° 2 do artigo 30°, desde que a presença desses vestígios seja acidental ou tecnicamente inevitável”.

78 VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2009, p. 142.

79 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 216.

80 GOEHL, Susanne Annelie. *Gentechnik, Recht und Handel: genmanipulierte landwirtschaftliche produkte als gegenstand des öffentlichen wirtschaftsrechts*. Hamburg: Diplomica, 2009, p. 41-42.

dores, bem como a garantia de coexistência de diferentes formas de administração no âmbito do desenvolvimento e utilização da engenharia genética.⁸¹

No âmbito da liberdade de escolha dos consumidores, a legislação alemã, além de consagrar a rotulagem dos transgênicos, também ofereceu a possibilidade de se indicar que um gênero alimentício foi produzido sem engenharia genética, o que é feito pela rotulagem “ohne Gentechnik”. Essa nova possibilidade está valendo desde maio de 2008, com a entrada em vigor de novas disposições legais.⁸²

No que toca aos gêneros alimentícios como carne, leite e ovos, a rotulagem “sem engenharia genética” pode ser utilizada quando a alimentação do animal não inclui plantas geneticamente modificadas, porém, isso não vale para toda a vida do animal, mas somente para um determinado período antes do abate. Também são permitidas as rações produzidas com auxílio de OGMs. Já para os gêneros alimentícios chamados de BIO (“Bio-Lebensmitteln”), a utilização de OGMs é proibida.⁸³

Ao contrário do que ocorre no Brasil, na Alemanha não é permitida a utilização de um logotipo ou símbolo chamativo sobre alimentos com OGMs. Assim, caso os alimentos contenham uma lista de ingredientes, o texto indicativo da transgenia deve complementar a lista de ingredientes, sendo certo que o § 17b da Lei para Regulação da Engenharia Genética (“Gesetz zur Regelung der Gentechnik – Gentechnikgesetz - GenTG”) traz a seguinte expressão indicativa: “este produto contém organismos geneticamente modificados” (“Dieses Produkt enthält genetisch veränderte Organismen”). Caso o produto não contenha uma lista de ingredientes, o texto de rotulagem deve ser indicado visivelmente.

81 *Ibidem*, p. 42.

82 *Gentechnisch veränderte Lebensmittel: Kennzeichnung. Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <<http://www.transgen.de/pdf/kompakt/kennzeichnung.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2010.

83 *Ibidem*.

Os produtos vendidos a granel ou sem embalagem também não escapam da legislação alemã, que determina a aposição de uma placa diretamente sobre a mercadoria. O mesmo vale para restaurantes e lanchonetes, com exceção dos “restaurantes comunitários”.

Por outro lado, considerando que muitos gêneros alimentícios são produzidos sem a exclusão de OGMs, prevê a legislação alemã que em certos produtos, como soja, possa existir uma determinada parte de OGMs. E isso ocorre normalmente em caso de importação de países como Estados Unidos, Argentina e, em parte, Brasil, onde os OGMs não são separados das plantas convencionais. Com isso, para derivados de soja e milho é sempre obrigatório o indicativo, se for comprovada existência de OGMs como matéria-prima, independente do percentual dos mesmos.⁸⁴

11. O papel do Judiciário no cumprimento da legislação.

A legislação que estabelece a rotulagem dos produtos transgênicos demorou alguns anos para começar a ser cumprida, o que somente foi possível após decisões judiciais que obrigaram as empresas produtoras de transgênicos a respeitar o direito do consumidor à informação.

Assim sendo, considerando a importância das decisões judiciais no que toca ao cumprimento da legislação em questão, selecionamos alguns julgados, que passaremos a relatar brevemente.

O primeiro processo relevante tramitou na 3ª Vara Federal de Teresina/PI. Trata-se da ação civil pública nº 2007.40.00.000471-6, proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e da empresa Bunge Alimentos, objetivando assegurar ao consumidor seu direito à informação, consistente na rotulagem de produtos alimentícios transgênicos.

84 *Ibidem*.

Na decisão sobre o pedido de antecipação de tutela, proferida em abril de 2007, o juiz federal Régis de Souza Araújo considerou ilegal o artigo 2º do Decreto nº 4.680/2003, por limitar a obrigatoriedade da informação da presença de transgênicos nos rótulos dos produtos que tivessem até 1% de OGM em sua composição. Na ocasião, foi determinado que a União, por meio de seus órgãos de fiscalização e controle, passasse a exigir que na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, conste informação clara ao consumidor no rótulo ou embalagem do produto, independentemente do percentual de organismos geneticamente modificados existente. Determinou-se, ainda, que a Bunge Alimentos S.A. adotasse os procedimentos necessários ao cumprimento da decisão.

O Ministério Público Federal argumentou que a Lei da Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que trata da segurança e fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, obriga a rotulagem de todos os produtos transgênicos e seus derivados. Assim, considerando a existência de lei, o disposto no artigo 2º do Decreto nº 4.680/2003, que dispensou de tal obrigação os produtos que tivessem até 1% de OGM em sua composição, seria ilegal. O *parquet* aduziu ainda que tal limitação representa ofensa à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a informação ao consumidor deve ser clara o suficiente para que possa decidir quanto à compra e ingestão de produtos transgênicos.

A União contestou a ação, alegando vigência, no Brasil, do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, celebrado no ano 2000, que somente obriga a informação no rótulo alimentos que tenham pelo menos 1% do seu conteúdo geneticamente alterados. Ainda asseverou que os procedimentos em vigor no Brasil são equivalentes aos da União Europeia e mais rigorosos que os adotados no Japão e Estados Unidos.

A Bunge Alimentos, por sua vez, sustentou não ser exigível a rotulagem de advertência de alimentos que contenham apenas presença irrisória de organismos geneticamente modificados e não haver indícios científicos de que um alimento com percentual ínfimo de componente transgênico possa fazer mal à saúde.

Na sentença de mérito, que confirmou a tutela antecipada anteriormente deferida, o magistrado ressaltou que a ação não questionou os benefícios ou os riscos da comercialização de produtos com OGMs, nem os limites de sua tolerância à saúde humana, deixando claro que:

(...) a celeuma trata exclusivamente do direito de informação ao consumidor, que, inquestionavelmente, deve ser comunicado acerca do conteúdo dos produtos que adquire, para, a partir de então, individualmente, decidir se quer adquiri-lo ou não, independentemente dos percentuais de sua composição, ainda que seja ínfima a presença de OGMs.

Outrossim, lembrou que a Constituição Federal estabeleceu ser dever do Estado “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor” e que o Código de Defesa do Consumidor arrolou como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Ademais, esclareceu que:

(...) havendo a presença de organismo geneticamente modificado, tal informação não deve ser omitida ao consumidor, em obediência aos ditames constitucionais e à legislação consumerista, devendo ser afastada a aplicação do artigo 2º, *caput*, do Decreto nº 4.680/2003.

Por fim, afirmou que a Lei da Biossegurança não fez qualquer limitação à necessida-

de de rotulagem dos produtos que contenham OGM, nem tampouco abriu margem para que o regulamento o fizesse.

Em outra ação civil pública (583.00.2007.218.243-0), o Ministério Público de São Paulo questionou a conduta das empresas Bunge e Cargill, as duas maiores fabricantes de óleo de soja do país, que não estariam rotulando seus produtos.

O juiz da 3ª Vara Cível da Capital concedeu tutela antecipada para que as duas empresas rotulassem seus produtos, respectivamente, os óleos Soja e Liza, adequando-os à legislação federal no prazo de 30 dias.

As empresas agravaram dessa decisão (646.799-4/0-00 e 646.797-4/1-00), sendo que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento aos recursos. De acordo com o Tribunal de Justiça, o juiz concedeu tutela antecipada sem que a mesma fosse requerida pelo Ministério Público, bem como decidiu sem que fosse demonstrada a verossimilhança da alegação, indispensável à antecipação da tutela.

Aliás, ações discutindo a rotulagem vêm sendo propostas no mundo inteiro, sendo certo que na Alemanha a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) também já se manifestou sobre o tema, estabelecendo que o leite de vacas que foram alimentadas com transgênicos deve ser denominado como "Gen-Milch".⁸⁵

Todavia, não obstante os esforços da sociedade e as decisões judiciais, parece-nos que a legislação não vem sendo devidamente respeitada no Brasil. E para que se chegue a essa conclusão não é necessário nenhum tipo de exame avançado em produtos supostamente transgênicos, basta uma mera análise dos rótulos dos produtos expostos nas prateleiras dos supermercados brasileiros, o que é suficiente para constataremos que raríssimos são os casos de produtos onde há

informação acerca da transgenia. Destarte, ou as empresas vêm cumprindo à risca a legislação brasileira e tão somente não estão colocando à venda produtos transgênicos, ou os consumidores estão sendo desrespeitados.

12. Considerações finais.

Diante do que foi exposto, entendemos que o mais importante no que diz respeito à questão dos produtos transgênicos não é nos postarmos a favor ou contra, mas sim, considerando os riscos que esses produtos podem representar ao consumidor e ao meio ambiente, devemos exigir o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como o cumprimento e aperfeiçoamento da legislação consumerista e ambiental, de maneira que:

1) a aplicação do princípio da precaução seja exigida, já que sabemos da existência de riscos, pelo menos hipotéticos, nas atividades que envolvem produtos transgênicos;

2) o direito do consumidor de ser informado amplamente acerca da existência de OGMs nos produtos colocados no mercado seja observado;

3) o direito de opção do consumidor em adquirir ou não produtos transgênicos seja garantido;

4) estudos antes, durante e depois da colocação do produto transgênico no mercado sejam realizados, pois só assim será assegurado o direito à segurança, à saúde e à vida do consumidor;

5) seja afastada a alegação, por parte dos produtores de OGMs, de risco do desenvolvimento, pois se há dúvida quanto a esses produtos, quem deve assumir a responsabilidade é o gerenciador de riscos, ou seja, o fornecedor;

6) estudos consistentes antes da liberação de OGMs no meio ambiente sejam efetuados, especialmente o Estudo Prévio de Impacto Ambiental;

7) o princípio da equivalência substancial seja adotado apenas como mais um

⁸⁵ Gen-Milch? *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <<http://www.transgen.de/archiv/905.doku.html>>. Acesso em: 29 set. 2010.

critério para a investigação da segurança dos produtos transgênicos e não como o critério determinante;

8) a participação ampla da sociedade e dos órgãos do governo nos processos em que se autorize a experimentação ou liberação de OGMs seja outorgada, especialmente dos Ministérios da Saúde, Agricultura e Meio Ambiente.

Bibliografia.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 171-186.

FONTE, Maria. *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*. Milano: FrancoAngeli, 2004.

FROTA, Mário. Segurança alimentar – imperativo de cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 68-96, out./dez. 2002.

GASPARINI, Bruno. *Transgenia na agricultura*. Curitiba: Juruá, 2009.

GARCIA, Rafael. Transgênico mata uma praga e traz outra. *Folha de São Paulo*, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u735069.shtml>>. Acesso em: 03 out. 2010.

Gen-Milch? *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <<http://www.transgen.de/archiv/905.doku.html>>. Acesso em: 29 set. 2010.

Gentechnisch veränderte Lebensmittel: Kennzeichnung. *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <<http://www.transgen.de/pdf/kompakt/kennzeichnung.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2010.

GOEHL, Susanne Annelie. *Gentechnik, Recht und Handel: genmanipulierte landwirtschaftliche produkte als gegenstand des öffentlichen wirtschaftsrechts*. Hamburg: Diplomica, 2009.

GORNY, Dietrich. *Grundlagen des europäischen Lebensmittelrechts: Kommentar zur Verordnung (EG) 178/2002*. Hamburg: Behr's, 2003.

Justiça exige que Bunge e Cargill cumpram lei de rotulagem. *Greenpeace Brasil*. Disponível em: <www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/justi-a-exige-que-bunge-e-carg>. Acesso em: 04 out. 2010.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000.

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

MARIANI, Marina. *Alimenti geneticamente modificati*. Milano: Hoepli, 2001.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, p. 57-69, jan./mar. 2005.

PRATI, Luca. *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2008. v. 3.

RASPADORI, Fabio. *OGM. Lineamenti della disciplina europea*. Perugia: Morlacchi, 2007.

RIGHETTI, Sabine. Ceará fará leite com proteína humana. *Folha de São Paulo*, 28 ago. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/790369-ceara-fara-leite-com-proteina-humana.shtml>>. Acesso em: 01 out. 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, p. 120-148, abr./jun. 2009.

VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, p. 109-120, jan./fev. 2007.

WATANABE, Edson; NUTTI, Marília Regini. Alimentos geneticamente modificados: avaliação de segurança e melhorias de qualidade em desenvolvimento. *Revista Brasileira de Milho e Sorgo*, América do Norte, v. 1, n. 1, p. 01-14, abr. 2010. Disponível em: <<http://rbms.cnpms.embrapa.br/index.php/ojs/article/view/3>>. Acesso em: 05 out. 2010.

Ambiente contemporâneo, positivismo e juiz ordinário



José Carlos Francisco

Professor na Universidade Mackenzie/SP. Membro do Instituto Pimenta Bueno (Associação Brasileira dos Constitucionalistas). Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-Doutor pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Juiz Federal na 3ª Região.

SUMÁRIO: 1. Introdução e objetivo. 2. Quadro sociológico: sociedade de risco global e modernidade líquida. 3. Quadro legislativo: crise, abstração e paradoxo. 4. Quadro histórico: positivismo e justiça material. 5. Traços do juiz ordinário. 6. Consequências dos quadros na atuação do juiz ordinário. 7. Conclusão: excessos e necessidade de controle. Bibliografia.

1. Introdução e objetivo.

A realidade contemporânea é marcada por ambiente globalizado, sujeito a intensas mudanças e cercado de incertezas, aspectos que também se refletem no elevado número de ações judiciais cujas lides evidenciam grande diversidade acentuada pelas dimensões continentais do território brasileiro. Voltando os olhos para os abundantes textos normativos e para as construções doutrinárias que podem iluminar o caminho para a solução das lides judicializadas, os juízes ordinários muitas vezes se deparam com preceitos normativos de elevada abstração sob os quais transcendem apelos históricos

reclamando que a atividade jurisdicional seja construtiva e promotora de justiça social.¹

O objetivo deste estudo é demonstrar algumas razões pelas quais, de modo intuitivo ou de maneira consistentemente assentada em teorias jurídicas, juízes ordinários brasileiros caminham por uma postura que se serve da abertura do ordenamento para flexibilizar o positivismo jurídico, prestando jurisdição balizada pelo elemento normativo mas também da sob a influência de valores morais e

1 Denominamos “juízes ordinários” aqueles que atuam em primeira e segunda instância do Poder Judiciário brasileiro. Focamos nosso estudo nesses juízes dada a capilaridade da tarefa jurisdicional que prestam e, por isso, da proximidade que têm com as pessoas que ingressam com ações judiciais.

de aspectos socioeconômicos das sociedades para as quais se dirige a prestação jurisdicional, com algumas virtudes e riscos inerentes a essa atitude.

Para o desenvolvimento deste estudo, inicialmente analisaremos o quadro sociológico do ambiente contemporâneo (com a sociedade de risco global e modernidade líquida), para depois cuidarmos do quadro legislativo que exhibe crise no processo de produção de normas pelo Parlamento, levando ao aumento do grau de abstração dos preceitos normativos, analisando na sequência o quadro histórico que leva à flexibilização do positivismo em favor da busca de justiça material na atividade jurisdicional. Essa flexibilização encontra receptividade no perfil do juiz ordinário brasileiro, o que nos levará à conclusão quanto à necessidade de fixação de parâmetros de controle para essa tarefa ativa dos magistrados a fim de evitar excessos.

2. Quadro sociológico: sociedade de risco global e modernidade líquida.

O processo social sempre gerou transformações de ideias e de valores no âmbito das sociedades e de suas organizações públicas e privadas, mas os registros históricos facilmente permitem verificar o aumento de intensidade e de velocidade dessas transformações nas últimas décadas. Com o surgimento da Idade Moderna (primeira era da modernidade ou modernidade sólida), o mundo ocidental (ou ocidentalizado) viu a passagem da sociedade feudal e agrária para a sociedade capitalista e industrial, de tal modo que essa sociedade industrial passou a exibir uma nova forma de produção e de repartição de bens e de riqueza e, também, um novo modelo de relação que buscava a convergência de ideias, formando um conjunto estável de valores e modos de vida cultural e político padronizados. Mas no final do século XX e no início deste século, as novas ideias são atropeladas pelas ideias ainda mais novas, num ambiente global com níveis de interde-

pendência e de integração inimagináveis há algumas décadas.

O ambiente contemporâneo (segunda era da modernidade ou modernidade líquida) é marcadamente descentralizado, individualizado, pluralista, complexo e interligado, servindo-se de novas tecnologias de comunicação, internet, bibliotecas virtuais etc., que intensificam as relações socioeconômicas e movem os fatos, valores e ideias em velocidade alucinante. Enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riquezas tinha ascendência em relação aos riscos vividos, na segunda era da modernidade essa relação se inverte de modo que o elemento dominante é a incerteza, consequência desse contexto interdependente e integrado, complexo e dinâmico. Atualmente o risco está em toda parte, as incertezas não são situações episódicas, mas sim a rotina, proporcionando novas formas relacionamento e de comportamento, pois vivemos indefinições em diversas dimensões (presentes e futuras) já que há uma série de manifestações e de medidas que antecipam riscos, levando os seres humanos a viverem constantemente elaborando e reelaborando mecanismos com os olhos no amanhã.²

Na segunda era da modernidade, a distribuição dos riscos não mais corresponde às diferenças de ordem social, econômica e geográfica que marcaram as sociedades até o início do século XX. Nesse ambiente mundializado, a sociedade de risco toma proporções globais que atingem a todos (embora os riscos não sejam iguais para todos), já que vivemos

2 Sobre o tema, BECK, Ulrich. *La société du risqué: sur la voie d'une outré modernité*. Paris: Aubier, 2001, para quem a noção de risco é entendida a partir da passagem de uma sociedade de penúria (preocupada com uma melhor divisão das riquezas) para a sociedade de risco (cujo objeto central de preocupação é a divisão dos riscos). Para Ulrich Beck, risco não significa necessariamente medo ou pura ameaça, mas uma probabilidade, um perigo derivado de uma decisão de enfrentamento de algo. Ainda sobre o assunto, BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997, e GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

incertezas num mundo diferente (e não propriamente pior se comparado com a primeira era da modernidade). Com a globalização, os riscos e as ameaças vividos em um país têm potenciais para se refletirem de modo imediato e intensidades similares em outros países. Esse conjunto de riscos tem potencial para proporcionar uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de sociedade, uma nova forma de vida pessoal e uma nova forma de ordem global.³

Por óbvio que nessa modernidade líquida, a grande volatilidade dificulta a estabilidade dos planejamentos estatais e das gestões socioeconômicas, de tal modo que a falta de segurança, de certeza e de garantia transforma a sociabilidade humana, enfraquecendo os sistemas de proteção estatal às mudanças da vida, gerando um permanente ambiente de incerteza e de provisoriedade.⁴ Um dos maiores desafios da atualidade é desenvolver mecanismos estatais de governança e medidas normativas capazes de proporcionar estabilidade e de abrigar a confiança legítima dos indivíduos em relação às atividades estatais.⁵

Como as mudanças são inerentes à continuidade da sociedade e do Estado, a confiança legítima se situa a meio caminho entre o reconhecimento da necessidade das mudanças estatais e o direito à continuidade das atividades dos cidadãos e demais agentes da sociedade, vale dizer, procura equilibrar segurança e alterações necessárias. É muito difícil atribuir valor jurídico às promessas da Administração Pública, não porque as vicissitudes do comportamento político possam gerar pouca credibilidade, mas também porque, nesse ambiente de incertezas, a provisoriedade se torna uma necessidade.⁶

3. Quadro legislativo: crise, abstração e paradoxo.

Esse contexto complexo, dinâmico, pluralista e de risco se soma aos tradicionais conflitos ideológicos e de interesses (maiorias e minorias) que marcam a composição dos poderes políticos, ampliando o desafio de produção de preceitos constitucionais e de preceitos primários (sobretudo leis). O processo normativo convencional tem se mostrado ineficiente para a normatização eficaz de alguns setores (sobretudo temas de conjuntura socioeconômica), tendo em vista que o nível de detalhamento imposto pela realidade exige dados técnicos em ebulição na sociedade de risco e na modernidade líquida, aspectos que fogem ao domínio natural das composições legislativas que refletem as diversidades e os conflitos sociais e econômicos. Quanto mais detalhada for a lei, mais rapidamente

3 Os riscos econômicos foram “internacionalizados” sobretudo em razão do fluxo financeiro do mercado de capitais e de empreendimentos transnacionais, tornando altamente volátil e instável planejamento e gestão de políticas macroeconômicas pelos governos nacionais. Sobre a internacionalização da incerteza, BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, analisa os riscos do século XXI e sua utilização para fins políticos, passando pelo terrorismo e por mudanças climáticas, num contexto no qual o medo se mostra como um ditador dessa era, e que transforma a linguagem política.

4 Sobre o tema, BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

5 Sobre novos modelos de governança, CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Série Politique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 2008. A propósito dos desafios para proporcionar a proteção da confiança legítima, ANTHONY, Gordon. Procedure, substance, and proportionality: legitimate expectations. *United Kingdom Administrative Law, European Review of Public Law* - Spetses, London: Esperia Publications Ltd., v. 15, n. 4, winter 2003; CALMES, Sylvia. *Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2000; LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas,

2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. In: *Estudios de derecho público económico*. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003; e WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Habilitationsschrift*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983.

6 Sobre as promessas da Administração Pública, FICKLER-DESPRES, Odile. Les promesses de l'administration. *La Semaine Juridique - Juris-Classeur Périodique*, Édition Générale, 1998-1, 104.

ela deverá ser alterada em face do processo social dinâmico, configurando a crise dos Paramentos como constituintes e legisladores hábeis para todos os assuntos.

Assim, embora a diversidade seja uma das maiores virtudes dos Paramentos democráticos, as diferenças culturais e ideológicas vividas entre Vereadores, Deputados e Senadores (p. ex.), associadas ao universo de incertezas e de provisoriedade da vida contemporânea, criam obstáculos à necessidade de dinamismo e tecnicismo exigidos pela normatização governamental que rege diversas áreas de atuação do Poder Público. Há diversas medidas que tentam enfrentar esse desafio, destacando-se a reserva legal e a legalidade e a ampliação do grau de abstração dos preceitos normativos com o emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados.

No que concerne à legalidade e à reserva legal, desde as primeiras e principais experiências democráticas modernas, os ordenamentos constitucionais reconhecem que certas matérias (em regra as relevantes) ficam sujeitas apenas às leis (atos normativos primários, elaborados com a participação direta do Poder Legislativo), vale dizer, “devem” ser objeto de lei. De outro lado, outras matérias (geralmente menos importantes) “podem” ser objeto de lei (que terá precedência sobre os demais atos normativos), mas, em não sendo tratadas ou detalhadas por atos legislativos primários, esses temas podem ser cuidados por atos normativos secundários (geralmente regulamentos) editados “em virtude de lei” (consoante previsto no art. 5º, II, da Constituição de 1988). Sendo “exigida” lei, temos reserva legal (reserva legal absoluta ou estrita legalidade); sendo “facultado” tratar o assunto por lei, ou, na sua ausência, mediante outros atos normativos editados em “virtude de lei”, encontramos a legalidade (ou reserva legal relativa).⁷



Contudo, mesmo em temas de reserva legal absoluta, a dinâmica contemporânea (da sociedade de risco e da modernidade líquida) também foi um dos fatores que levou ao emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados nas ordens constitucionais e infraconstitucionais.⁸ É sabido que todas as

Paris e Aix-en-Provence: Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997. Note-se que temas confiados à reserva legal absoluta (sujeitos a atos normativos primários) podem ser transferidos para tratamento mediante atos normativos secundários apenas se houver autorização constitucional expressa nesse sentido, tendo em vista que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, implicitamente prevê o princípio da indelegabilidade de competências entre entes públicos (todo poder emana do povo, de modo que órgãos e instituições públicas não exercem poder próprio, mas sim delegado pelo povo, de modo que poder delegado não pode ser subdelegado sem autorização do legítimo titular do poder).

⁸ O emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados em diplomas normativos também se deve a outros fatores, destacando-se o fato de que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, muitos sistemas jurídicos foram materialmente construídos a partir de ordenamentos constitucionais (que deixaram de ser apenas referências formais para a produção normativa) e da importância de princípios fundamentais que refletiam valores predominantes da ordem internacional (também estampados em documentos como declarações de direitos produzidas por entidades como a Organização das Nações Unidas).

⁷ Sobre legalidade e reserva legal, TREMEAU, Jérôme. *La réserve de loi – compétence législative et constitution*.

disposições normativas são abstratas, embora os níveis de abstração sejam diversos dependendo do nível das fontes do ordenamento, mas o conteúdo dos princípios e de conceitos jurídicos indeterminados tem forma aberta (com elevada abstração e baixa densidade normativa), daí porque proporcionam maior plasticidade ou elasticidade aos comandos normativos.⁹ O aumento do grau de abstração dos comandos normativos não resulta necessariamente em abdicação do papel de agente normativo por parte do Constituinte ou do Legislador, pois os temas mais relevantes costumam ser tratados de modo analítico pela Constituição ou pela lei em sentido estrito (reserva absoluta da lei).¹⁰

Como consequência da reserva legal - legalidade e da ampliação do grau de abstração dos preceitos normativos (princípios - conceitos jurídicos indeterminados), há flexibilidade dos conteúdos normativos quando traçam linhas gerais ou diretivas sobre as matérias, o que abre espaço para o avanço dos correspondentes atos normativos subordinados (especialmente regulamentos do Poder Executivo) e, também, para o processo interpretativo. Quando esse espaço deixado pela Constituição e pelos atos primários é ocupado por correspondentes atos normativos

subordinados, verificam-se respectivamente a desconstitucionalização e a deslegalização (aplicadas de maneira formal ou informal em vários países), sobretudo com o aumento das competências regulamentares.¹¹ Por sua vez, é possível dizer que a interpretação sempre fez parte do processo legislativo, representando a última fase na qual as previsões abstratas são ajustadas aos fatos e circunstâncias concretas, mas o aumento do espaço normativo a que nos referimos acentua o papel do intérprete (especialmente das Cortes de Justiça) na complementação do trabalho normativo.¹²

Além disso, surgiram novos modelos de alianças entre os países para evitar conflitos multilaterais ou bilaterais e para facilitar a cooperação entre os povos e países, gerando instituições supranacionais (como a Organização das Nações Unidas) e tratados socioeconômicos regionais que buscaram a paz pelo comércio (p. ex., os tratados que deram origem à atual União Europeia).¹³ Como modo de

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. dos Santos. São Paulo: Polís; Brasília: Universidade de Brasília, 1989, p. 40, destaca o aumento da abstração cada vez que se sobe no nível das fontes do ordenamento, quando as normas se tornam menos numerosas e mais genéricas, e descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.

10 Obviamente os princípios e conceitos jurídicos indeterminados não representam “cheque em branco”, pois ambos impõem limites. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 143 e seguintes, tratando dos métodos de interpretação constitucional evolutiva sem reforma formal da Constituição, tanto no Direito americano quanto no brasileiro, observa que esse processo deve ser aplicado com limites, representados pelo próprio texto constitucional (pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo ser respeitados seus significados mínimos) e os princípios fundamentais do sistema constitucional (que são intangíveis, de modo que as alterações não podem violar os programas constitucionais).

11 A desconstitucionalização, a deslegalização, a delegação legislativa, a desregulação, a desnacionalização e a desburocratização são consequências de um mesmo fenômeno pelo qual se verifica a diminuição da capacidade normativa do Legislativo de primeiro ou de segundo grau. Sobre a delegificação na Itália, conferir MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 74, e LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 2000, p. 121; em Portugal, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 2000, p. 211; na Espanha, OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. 2. ed. 6. reimp. Barcelona: Ariel, 1998, p. 227; no Brasil, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166. Sobre o aumento da competência regulamentar, FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

12 BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v. IV, n. 3, dez. 1942, p. 121-127, criticava a visão “romântica” de alguns juristas por acreditarem que o intérprete apenas mostrava o verdadeiro sentido dos textos, para então afirmar que são tão variáveis as necessidades sociais e tão ativas as comunicações entre as pessoas que seria impossível ao legislador tudo prever.

13 A construção de uma sociedade de nações estabelecida com base em alianças pacíficas já aparece em KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989, concebendo a ideia de federação internacional de Estados livres em busca da paz, formalizada em um pacto social: pedra angular do direito internacional (*ius gentium* – tra-

reunir, numa mesma organização, povos (ou nações) com históricos diversos e países com realidades distintas e potenciais assimétricos, os pontos de convergência foram buscados em aspectos elementares e essenciais, vale dizer, em princípios fundamentais que podem servir para parametrização básica, ao mesmo tempo em que a abertura semântica desses princípios permitiu a particularização ou adaptação de cada país em face das especificidades de cada nação.

Igualmente importante é a diversidade interna em cada um dos países, intensificada pela mobilidade de pessoas e pela ampliação dos meios de comunicação e de negócios. O pluralismo se assenta como um novo modelo de convivência também dentro de cada país, acentuando a necessidade do ordenamento jurídico recorrer a fórmulas normativas genéricas e flexíveis (notadamente princípios e conceitos jurídicos indeterminados) que permitam comportar a diversidade como o novo parâmetro de relação social.¹⁴

E então surge o paradoxo: nessa segunda era da modernidade, de um lado, é possível falar em inflação normativa na medida em que a soma de preceitos expressos nos ordenamentos nacionais (constitucionais e infraconstitucionais) e internacionais é ver-

tiginosa mas, de outro lado e ao mesmo tempo, a experiência prática revela ausência de previsões normativas para muitas situações geradas pela realidade complexa, dinâmica, pluralista e de risco.¹⁵

4. Quadro histórico: positivismo e justiça material.

Ao quadro sociológico e ao quadro legislativo é agregado o quadro histórico, que, na atualidade, influencia os profissionais da área jurídica (sobretudo o juiz ordinário) a assumirem uma postura ativa na compreensão e na aplicação do ordenamento em favor da realização concreta da justiça.

No Estado Pré-Moderno (que compreende a Antiguidade e a Idade Média), o Direito não apresenta um sistema unitário de fontes (uma vez que entidades como império, igreja, príncipes, comunas e corporações produziam normas sem que qualquer delas tivesse monopólio da produção jurídica), mas nessa fase há vinculação do Direito a ideais de justiça, como se pode notar na experiência de Atenas (séc. VI a.C.), na qual a legitimidade das leis dependia da coerência com a prudência e com a razão, não bastando a simples correspondência com a vontade do povo (muitas vezes dominada por demagogos).¹⁶ Durante o período da República Romana (de 509 a.C. até o início do Império Romano em 27 a.C.), a validade ou legitimidade das leis vinha da racionalidade ou do senso de justiça e, mesmo durante a Idade Média, há relação entre

duzido como direito das gentes, embora represente direito dos Estados). De certo modo, também em LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. Alex Marins. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2004, em seu Capítulo XII, Dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo da Comunidade (p.106-114), há previsão do Poder Federativo a quem cabe se relacionar com outras comunidades ou homens que não aderiram a pactos, decretando paz ou guerra.

14 Não bastasse, ainda havia situações bastante peculiares como a da Alemanha que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, viu seu território ocupado por forças estrangeiras que geraram a Alemanha Ocidental e a Alemanha Oriental. Por isso, é facilmente compreensível que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (que inicialmente serviu à República Federal Alemã e atualmente é aplicada à Alemanha unificada) refletisse essa diversidade com o emprego de vários princípios que mostravam alguma convergência entre Estados Unidos, França e Inglaterra, além de o art. 24 e o art. 25 dessa Lei Fundamental expressamente indicar a relevância da ordem internacional.

15 O fenômeno da inflação normativa já foi notado há tempos pela doutrina nacional e estrangeira, conforme MAUS, Didier. *Inflation juridique et développement des normes*. In: *Droit constitutionnel et droits de l'homme*. Paris: Economica, Press Universitaires, D'aix-Marseille, 1987. É insensato falar atualmente na máxima *ignorantia legis neminem excusat*, muito embora se trate de presunção absoluta em várias áreas do Direito (que passa a representar "ficção" também no sentido irônico da palavra).

16 Medida conhecida como *graphê paranomôn* permitia que cidadãos, na reunião da Ekklesia, questionassem proposta de lei violadora da Constituição (politeia) da cidade, bem como possibilitava a responsabilização criminal do autor da lei caso a proposta já tivesse sido convertida em lei.

religião e Direito positivado uma vez que o ordenamento jurídico estava voltado para o bem comum e deveria conduzir os homens em direção ao fim supremo (felicidade ou bem-estar da comunidade).¹⁷ Essa diversidade de fontes e de ordenamentos (especialmente escritos em leis, ordenações e estatutos) permitiu que a atividade jurisdicional também criasse o Direito em proporções importantes, quando então a validade ou legitimidade desse Direito jurisprudencial advinha da racionalidade, da justiça, da prudência e da coerência com costumes, com virtudes morais e com crenças religiosas ou fontes divinas.

As experiências absolutistas durante a Idade Média fogem à regra desse breve relato histórico, especialmente quando reis pretenderam se colocar acima da lei e do Direito, mas esse período foi eliminado por revoluções liberais a partir do século XVIII, a partir do que há unidade de fonte do ordenamento, concentrada no Estado Nacional (em alguns casos partilhada com entidades subnacionais ou federativas).

No Estado Moderno, num primeiro momento, o Estado de Direito é desenhado segundo interesses da burguesia, mantendo a ideia que vem desde a Antiguidade, da filosofia grega à Idade Moderna através da escolástica, segundo a qual a lei não é a vontade de um ou de muitos homens (não é “*voluntas*”) mas sim uma ideia geral-racional, uma “*ratio*”.¹⁸ Já num segundo momento, o

Estado Moderno passa a reconhecer como lei o ato que deriva de autoridade competente e do cumprimento de formalidades ou procedimentos previstos (a despeito das dificuldades e desafios da representação política ou de vontade). José Reinaldo de Lima Lopes afirma que Francisco Suárez (da Escola de Salamanca da segunda metade do século XVI) já apresentava a lei como um mandamento superior que obriga um sujeito a agir conforme suas próprias prescrições, mas com a matriz voluntarista da nova ordem (que surge com Thomas Hobbes na Inglaterra e Samuel Pufendorf no continente europeu, ambos com formação antropológica pessimista), a vontade supera a razão (divina ou humana), ideia que dominaria o Direito a partir do século XIX, impondo a supremacia da lei em detrimento do Direito Justo.¹⁹

Até o início do século XX, o Estado Liberal de Direito (ou Estado Legislativo de Direito) é marcado pela justiça formal (derivada da aplicação da lei, reconhecida como válida não por seu conteúdo mas porque foi produzida por autoridade competente e com observância do rito previsto) e pelo constitucionalismo formal (preocupado em criar instituições políticas para a produção de leis, protagonistas no sistema normativo).²⁰ Para Gustavo Zagrebelsky, o Estado de Direito clássico visava a proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da administração pública mediante a primazia da lei prévia, genérica e abstrata (para o que é imprescindível a ideia sistemática de Direito, bem como unidade, coerência e completude do ordenamento), e

17 Sobre o tema, COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20; FERRAJOLI, Luigi. Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.) *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 418 a 464; JONES, Peter V. *O mundo Atenas: uma introdução à cultura clássica ateniense*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

18 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2003, p. 150. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 17, afirma que as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, de modo que todos têm suas leis (divindades têm suas leis, mundo material tem suas leis, as inteligências superiores têm suas leis, e os homens têm suas leis).

19 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história, lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 199.

20 REIS NOVAIS, Jorge. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71 e 72, afirma que a concepção do Estado de Direito Liberal está vinculada aos interesses da burguesia e é voltada à proteção racional da iniciativa privada, da propriedade privada e da calculabilidade do sistema capitalista, de tal modo que o Estado de Direito é mais do que um conceito filosófico, caracterizando-se como um conceito de luta política contra a imprevisibilidade reinante do Estado de Polícia e contra as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental.

se escorava na legalidade do positivismo.²¹

Esse formalismo ainda está presente no início do século XX, quando, concomitantemente a conflitos ideológicos, políticos e econômicos, surge o positivismo jurídico puro ou normativismo jurídico de Hans Kelsen, apoiando-se na validade formal das normas (respeito ao procedimento) e numa concepção metodológica e sistêmica do Direito sem vinculação à política e à moral, e sem defender abertamente ideologias e sistemas econômicos. Embora reconheça que a política esteja na gênese da norma, esse positivismo exclusivo defende que a validade dos textos normativos e a interpretação não dependem de valores morais e da política, opondo-se principalmente ao moralismo jurídico, à influência política na interpretação e à discricionariedade sobre o momento de aplicação do preceito normativo.

Ao longo do século XX, o modelo de positivismo jurídico exclusivo (sustentado em idealismo formal) foi criticado justamente por proporcionar apenas justiça formal, independentemente da correspondência do conteúdo da norma com os valores sociais e padrões éticos vividos na realidade concreta.²² Por sua vez, e sem menosprezar os resultados positivos proporcionados pela experiência liberal no que concerne à valorização das liberdades, da segurança jurídica e da previsibilidade das ações estatais, a concepção de justiça formal foi insuficiente para a manutenção desse modelo em razão de crises sociais e econômicas cíclicas, motivando transformações na compreensão das responsabilidades e nos mecanismos de organização socioeconômica da



sociedade e do Estado já na década de 1930 e intensificadas após a Segunda Grande Guerra.

Ainda que em outros momentos da história da humanidade tenham ocorrido graves violações a direitos, as proporções alcançadas na Segunda Guerra Mundial foram devastadoras. Algumas dessas violações foram feitas com amparo formal em leis (tidas como válidas porque cumpriram as regras procedimentais de elaboração), deixando evidente que leis podem apresentar não só baixa qualidade em sua redação e conteúdo (situação que depende da eficiência de técnicas legislativas especializadas, bem como da qualificação daqueles que operam o processo normativo), mas também podem estar a serviço de grupos de interesse espúrios ou de maiorias ocasionais, afastando-se dos princípios democráticos, da ideia geral do justo e do equitativo. As terríveis experiências nazistas e fascistas favoreceram a dessacralização da lei, pois o Legislativo não é infalível, já que o Parlamento pode se enganar ou enfraquecer, produzindo leis ofensivas às liberdades e aos direitos fundamentais.²³

Uma das consequências desse fato foi a inserção de princípios fundamentais em ordenamentos constitucionais e a afirmação de direitos mediante o fortalecimento de Cortes Constitucionais, visando evitar o arbítrio do

21 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Garcón. Madrid: Trotta, 1995.

22 É bem verdade que essa visão de positivismo exclusivo proporciona a justiça material se o texto positivado coincidir com o sentimento de justiça vivido na realidade concreta, mas considerando que a realidade concreta é muito diversificada e dinâmica, essa correspondência entre texto e sentido de justiça revelado pela realidade não é segura e constante. Criticando Hans Kelsen sob o argumento do idealismo formal, ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. técnica Alyson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2003.

23 Sobre o assunto, FAVOREU, Louis (coordonnateur); GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; ROUX, André; PFERSMANN, Otto; SCOFFONI, Guy. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998, p. 42.

Legislador ordinário e proporcionar a valorização da justiça material na aplicação do Direito (em confronto com o significado formal de justiça extraído da simples aprovação de normas a partir do rito previsto). Nesse contexto, na segunda metade do século XX predominou a concepção de Estado Democrático e Social, ou de Estado Constitucional de Direito, que não se satisfaz com legitimações meramente formais de Estado e de Direito, uma vez que busca a afirmação da legitimidade material da atuação da sociedade e do Estado para a concretização da justiça social.²⁴ Thomas Fleiner-Gerster afirma que os critérios materiais de justiça a serem observados para ação estatal (todos ainda respeitados) se revelam os seguintes: a) a cada um a proteção de seus direitos (proteção da propriedade e da liberdade, direito sucessório, direito dos contratos, e direito das coisas etc.); b) a cada um segundo seu desempenho (livre concorrência, etc.); c) a cada um segundo suas necessidades (seguridade social e mínimo indispensável, limites à penhora de bens, garantia de salário mínimo, férias, ensino primário gratuito etc.).²⁵

A responsabilidade e a solidariedade por parte dos indivíduos, dos governantes e dos servidores são indispensáveis à noção de justiça social no Estado Democrático de

Direito.²⁶ Além de pensar no melhor para si, o indivíduo, os governantes e os agentes sociais devem também pensar no melhor para o grupo no qual estão inseridos, reconhecendo o pluralismo, a complexidade e dinamismo da sociedade contemporânea.

No quadro que marca a sociedade de risco e a modernidade líquida, Jacques Chevallier afirma que a Segunda Era da Modernidade (ou pós-modernidade) provoca mudanças profundas nos fundamentos de organização das sociedades ocidentais no início do século XXI, sendo necessário constituir novos vínculos de interdependência (p. ex., com integração regional e supranacional), redefinir as funções estatais numa visão estatal policêntrica, desconcentrada e descentralizada, redefinir os vínculos políticos com democracia participativa, democracia deliberativa e com a reestruturação dos circuitos de comunicação, e com o reconhecimento de novas cidadanias (cidadania europeia).²⁷ José Joaquim Gomes Canotilho defende um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, mediante o qual é necessária a adoção de

24 Para DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1986, p. 31 e ss., e *Legitimidad-legalidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978, e *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Editorial Debate, 1984, esse modelo de Estado representa a convergência do socialismo com a democracia, ou seja, pela passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal, caracterizando um socialismo flexível com a superação do individualismo, e realizado pela intervenção estatal e pela atenção preferencial aos direitos sociais, pelo império da lei, pela divisão dos poderes, pela legalidade da administração (atuação segundo a lei e suficiente controle judicial) e pela efetiva realização material de direitos e liberdades fundamentais.

25 FLEINER-GERSTER, Thomas, colab. de HÄNNI, Peter. *Teoria geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portela Purschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 633 e seguintes. Thomas Fleiner-Gerster também traz critérios formais de justiça a serem observados pelo Estado (ainda aplicáveis), que servem à legalidade (produção de leis por critérios racionais).

26 Há outras concepções de justiça, como a de RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. Rev. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, que, a partir de uma postura intuicionista, apresenta um conjunto irreduzível de princípios que devem ser pesados e comparados buscando equilíbrio do que é mais justo, acreditando que os princípios essenciais de justiça estão consolidados no ideal das liberdades e no combate às desigualdades. Segundo sua teoria, na hipotética posição original de escolha e sob o véu da ignorância, negociadores escolhem como princípios de justiça: 1º) Liberdade: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas (a liberdade deve ser máxima); 2º) Diferença: desigualdades sociais e econômicas devem evitar discriminações e devem estar dispostas de modo que seja razoável esperar que se estabeleçam em benefício de todos, e estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. Concordamos com FLEINER-GERSTER, Thomas, colab. de HÄNNI, Peter. *Teoria geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portela Purschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 644, ao afirmar que o discurso de Rawls será retórica vazia se desacompanhada da responsabilidade e da solidariedade.

27 CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Série Politique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 2008.

fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade, de modo que a Constituição Dirigente cede lugar à transnacionalização e globalização, e o Direito Constitucional deixaria de ser uma disciplina dirigente para assumir o papel de disciplina dirigida dada a complexidade do mundo e as consequências das integrações entre as nações.²⁸

É nesse contexto que emerge o discurso neoconstitucionalista, procurando a convergência de diferentes perspectivas e o reconhecimento da incapacidade do pensamento jurídico contemporâneo de utilizar velhas ferramentas e conceitos teóricos para lidar com a realidade do século XXI.²⁹ Se é verdade que não existe um único significado para

neoconstitucionalismo, ao menos há elementos ou dimensões presentes em grande parte dos sentidos empregados para a indicação desse movimento de teorização e de aplicação do direito. Segundo Humberto Ávila, o neoconstitucionalismo tem um fundamento normativo (há preferência ou exclusividade de princípios em detrimento de regras), um fundamento metodológico (a aplicação do ordenamento se dá por ponderação e não pela subsunção mecanicista do positivismo), um fundamento axiológico (busca da justiça vista em cada caso particular ao invés de uma concepção geral ou padronizada de justiça) e um fundamento organizacional (maior participação do Poder Judiciário na aplicação do ordenamento, com efetiva criação do Direito, redimensionando os papéis do Poder Executivo e do Poder Legislativo).³⁰

5. Traços do juiz ordinário.

O quadro sociológico do ambiente contemporâneo (com a sociedade de risco global e modernidade líquida), o quadro legislativo (exibindo a crise no processo de produção de normas pelo Parlamento e ampliando o grau de abstração dos preceitos normativos) e o quadro histórico (conduzindo à flexibilização do positivismo em favor da busca de justiça material) repercutem no perfil e na atuação do juiz ordinário brasileiro, desde suas origens familiares, passando pela sua formação nos bancos acadêmicos e nos esforços para aprovação em concursos públicos e, sobretudo, na experiência que colhe lidando diretamente com as partes nas diversidades dos fóruns brasileiros.

Segundo pesquisa concluída em 1995,

28 CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. Também sobre o tema, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-15.

29 Numa das obras mais conhecidas sobre o tema, CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. Ainda sobre o tema, CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005; BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005; DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008; FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). *Racionalidad y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; POZZOLO, Susanna; RAMOS DUARTE, Écio Otto. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006; PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006; e SANCHÍS, Luiz Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta, 2003; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum / Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, n. 9, jan./mar. 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

30 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2010. Convém destacar a posição crítica de Humberto Ávila no tocante ao neoconstitucionalismo em face das características do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

a idade média dos juízes concursados é de 42 anos, com diferenças expressivas quando considerados alguns Estados-membros (p. ex., Rio Grande do Sul, São Paulo e Pernambuco tinham, respectivamente, 51%, 54% e 56% de juízes com até 40 anos, enquanto o Rio de Janeiro tinha 33,7%, o que, em nossa opinião, revela visível juvenilização do perfil do magistrado e clara suscetibilidade aos quadros sociológicos, legislativo e histórico.³¹

Acerca do histórico da família do magistrado, em meados da década de 1990, 54% dos juízes tinha pai com escolaridade até o primeiro grau e aproximadamente 30% tinha perfil ocupacional subalterno, sendo que apenas 31% dos pais e 21% das mães tinham formação superior (atuando majoritariamente no Poder Público), embora o número de pais e sobretudo de mães com formação superior seja crescente dada a ampliação da oferta de ensino universitário. Tomando como exemplo o Estado de São Paulo, 38,5% dos pais e 8,7% das mães integravam o alto escalão, 27,4% dos pais e 20,9% das mães integravam o médio escalão, 24,9% dos pais e 12,2% das mães compunham o baixo escalão, e 9,1% dos pais e 8% das mães eram empresários, ao passo em que 56,5% das mães eram “prendas domésticas”.³² Esses dados mostram que a família do magistrado ordinário está distribuída por todas as camadas socioeconômicas, o que proporciona uma magistratura pluralista e com potencial para compreender as diversi-

dades da sociedade contemporânea.

O recrutamento do juiz por concurso público garante um perfil plural na composição da magistratura, seja pela idade com a qual o magistrado inicia suas atividades, seja também porque a candidatura à magistratura ocorre majoritariamente até cinco anos após a graduação, sendo que a idade média do candidato aprovado no concurso é de 33 anos e a mediana de 31 anos. A idade média de ingresso no curso de Direito é de 21,8 anos, situando-se a mediana em 21 anos; a idade média de conclusão do curso de Direito é de 26,1 anos, situando-se a mediana em 25 anos. A trajetória universitária do magistrado é significativamente dependente de suas origens familiares, pois o ingresso tardio no curso de Direito está associado a um perfil familiar de escolaridade mais baixa e de ocupações menos qualificadas. Considerado o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental quando o estudante completa a idade de 07/08 anos, inexistindo reprovação, o ingresso na faculdade se dá no ano em que completar 18/19 anos. No período entre 1966-1995, há significativa mudança no padrão de formação universitária: os cursos diurnos diminuíram a sua participação de, aproximadamente 50% para apenas 28% nos últimos concursos; as instituições particulares de ensino representaram, no final do período, cerca de 50% do total de instituições responsáveis pela titulação dos candidatos.³³

Esses dados sobre o perfil do magistrado ordinário proporcionam sua suscetibilidade aos quadros sociológico, legislativo e histórico delineados neste estudo e, por consequência, levam a grande maioria dos juízes a prestarem jurisdição sob a influência de valores e ideais de justiça social. Analisando se o juiz adota uma postura neutra (“funcionário” das leis no cânon clássico do

31 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 60 e 76. Na p. 64, ainda quanto à idade, até 30 anos, havia 10,4% na Justiça Comum, 23,6% na Justiça Federal, 13,5% na Justiça do Trabalho; entre 31 e 40 anos, 34,4% na Justiça Comum, 31,1% na Justiça Federal, 39,2% na Justiça do Trabalho; entre 41 e 50 anos, 32,2% na Justiça Comum, 24,3% na Justiça Federal, 30,5% na Justiça do Trabalho. Entre 51 e 60 anos, 18,0% na Justiça Comum, 18,2% na Justiça Federal, 13,1% na Justiça do Trabalho; 61 anos ou mais, 5,0% na Justiça Comum, 2,7% na Justiça Federal, 3,7% na Justiça do Trabalho.

32 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 88, 94 e 96.

33 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 153 e 169.

Estado de Direito Kelseniano, reproduzindo o Direito compromissado com a certeza jurídica e com o primado do Legislador sobre a função jurisdicional) ou não neutra (comportamento como um ator do processo de mudança social, produzindo o Direito com afinidades substantivas em favor do Estado Democrático de Direito), 83% dos juízes afirmaram sua não neutralidade porque devem aproximar a lei dos processos sociais substantivos para influir na mudança social. Assim, a magistratura brasileira vive uma transição, uma vez que não se desprende inteiramente das grandes referências da sua formação doutrinária, instituídas no campo da *civil law* e do positivismo jurídico, mas essa influência está relativizada pelo fato de ele se entender como um agente efetivo no processo de produção do Direito, admitindo, de algum modo, uma atuação mais ativa (própria do campo político-cultural da *common law*).³⁴

Segundo essa pesquisa realizada em meados da década de 1990, 74,8% dos juízes entrevistados admitem que o papel atribuído ao Judiciário nos processos de mudança social deve se dar mediante a promoção do Estado de Direito por intermédio da correta aplicação da lei, de tal modo que 61,7% dos magistrados afirmaram que devem ser fiéis intérpretes das leis, ao passo em que 26,6% acreditam que o Judiciário deve exercer papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Disso decorrem juízes marcados pela não neutralidade, que enfatizam as instituições democráticas representativas e o Estado de Direito mas, ao mesmo tempo, 23,0% se posicionam pela neutralidade e pela certeza jurídica baseada na lei, ao passo em que 46,4% admitem baixa intervenção do Judiciário e 30,6% admitem alta intervenção, mostrando que grande parte da magistratura ainda se posiciona próxima ao modelo da *civil law*), aspectos que não se alteram mesmo em



concursos públicos de ingresso mais recentes (conforme apurado nas pesquisas).³⁵

Essa leitura de uma magistratura mais engajada é compartilhada por diversas outras fontes, inclusive apontando que 73,7% dos magistrados entrevistados no Brasil “concordam inteiramente” ou “concordam muito” com a opinião de que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, pois tem de ser sensível aos problemas sociais, ainda que “apenas” 37,7% tenham se posicionado da mesma forma sobre a opinião de que “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”.³⁶

Esses números deixam claro que a postura mecanicista de aplicação do texto normativo aos fatos concretos deixou de representar o modo de trabalho de proporção importante da magistratura brasileira. Para aproximar o ordenamento à realidade social e influir na mudança social, uma rápida pesquisa em repertórios de decisões judiciais (tanto do Supremo Tribunal Federal quando de instâncias ordinárias) revela que os juízes brasileiros passaram a se servir da abertura de princípios constitucionais e de conceitos jurídicos indeterminados para a construção de soluções que entendem justas.

34 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 258.

35 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997, p. 260 e ss.

36 SADEK, Maria Tereza. A crise no judiciário vista pelos juízes: resultados da pesquisa quantitativa. In: SADEK, Maria Tereza. (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995.

6. Consequências dos quadros na atuação do juiz ordinário.

Os quadros sociológico, legislativo e histórico, associados ao perfil da magistratura brasileira, abrem perspectivas jurídicas diversas das antigas divergências entre jusnaturalismo e positivismo jurídico (sobretudo o positivismo puro), pois os princípios se mostram como o “campo neutro” para os debates entre os jusnaturalistas e os juspositivistas.³⁷ A previsão expressa de princípios fundamentais em ordenamentos constitucionais supera discussões quanto à força normativa desses valores, mas abre margem a outras questões.³⁸

O maior espaço deixado pelo aumento do grau de abstração dos princípios constitucionais positivados amplia o grau de discricionariedade do juiz ordinário no processo interpretativo e de escolha das soluções para os problemas apresentados, e é justamente a via pela qual, de modo consciente ou inconsciente (intuitivo), passam valores éticos e morais mesmo para o intérprete com postura positivista. Independentemente de divergências entre positivistas puros, positivistas inclusivos, pós (ou neo)-positivistas, neocons-

titucionalistas e outras teorias, há um fato a ser reconhecido: constatado o perfil pluralista e jovem da magistratura ordinária, o processo de hermenêutica tem sido realizado sob influência de aspectos morais, éticos, econômicos e políticos e demais manifestações da sociedade quando passíveis de compreensão no significado de princípios positivados.³⁹

Não é novidade dizer que a construção do significado concreto do dispositivo normativo somente é possível com a atividade de interpretação, e que sempre existiu certa participação do intérprete no processo de construção do Direito.⁴⁰ Contudo, sob o impacto do quadro sociológico da sociedade de risco e da modernidade líquida, do quadro legislativo que leva à ampliação do grau de abstração de preceitos normativos, e ainda sob o apelo do quadro histórico que reclama uma postura mais ativa dos operadores do Direito na busca da justiça material, os juízes ordinários são levados (ou seduzidos) a aumentar sua participação no trabalho legislativo pelo processo interpretativo (com efetiva criação do Direito, tarefa partilhada com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo): servindo-se da abertura de preceitos normativos (especialmente de princípios fundamentais), fazem a aplicação do ordenamento mediante ponderação (e não pela subsunção mecanicista do positivismo) visando a justiça vista em cada caso particular (ao invés de uma concepção geral ou padronizada de justiça).

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247.

38 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 85 e seguintes, mostra a evolução da normatividade dos princípios em três fases: 1ª) no século XVIII os princípios não eram tidos como normas jurídicas, pois faltavam-lhes imperatividade (daí, eram concebidos como recomendações éticas ou morais); 2ª) a partir de meados do século XIX inicia-se segunda fase que se firmou no século XX, de conteúdo juspositivista, na qual os princípios tornaram-se fonte secundária do Direito, de modo que passaram a ter aplicação subsidiária no ordenamento jurídico (como mostra o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); 3ª) desde 1950, há uma revolução de juridicidade, pela qual os princípios não só são concebidos com força normativa mas assumem papel determinante e irradiante por todo o ordenamento jurídico, sendo que essa concepção “forte” dos princípios ainda pode ser dividida em sua etapas, uma primeira na qual os princípios são positivados nos ordenamentos constitucionais mas são compreendidos como normas programáticas (cuja aplicabilidade muitas vezes é reduzida à vinculação dos poderes públicos, desprovida de efeitos diretos para a sociedade), e uma segunda fase na qual os princípios avançam para a normatividade máxima.

39 Dentre os denominados positivistas moderados está HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 (particularmente no pós-escrito dessa obra, elaborado para responder a Ronald Dworkin, quando Hart mostra-se tendente a conciliar o positivismo com a teoria moralista). Discorrendo sobre várias positivistas e a sua viabilidade na atualidade, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

40 BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v. IV, n. 3, dez. 1942, p. 121-127, já na primeira metade do século XX, afirmava que a interpretação é parte integrante do processo legislativo dada a impossibilidade de o Legislador tudo prever.

7. Conclusão: excessos e necessidade de controle.

O abandono da postura passiva do juiz ordinário em favor de uma atuação ativista gera aplausos e críticas. Favoravelmente pode-se argumentar que o ativismo judicial é uma consequência da necessária aproximação de preceitos normativos (providos de elevada abstração) às circunstâncias concretas, e da incapacidade de o Legislador enfrentar o dinamismo, a complexidade e o pluralismo da realidade, e que a construção de soluções jurídicas para o caso concreto é imperativo do acesso ao Judiciário para a garantia de direitos e para a pacificação de litígios.⁴¹ Desfavoravelmente, o ativismo judicial é compreendido como violação dos limites impostos ao magistrado pelo próprio ordenamento, quando então o Poder Judiciário exorbita sua competência, caracterizando um desvio de conduta institucional e infringindo a separação de poderes do Estado Constitucional de Direito, além do que enseja a politização do Judiciário, é feito sem legitimação democrática, gera insegurança e imprevisibilidade (em razão de parâmetros normativos muito abertos), excessiva judicialização de vários temas e também a desqualificação da estrutura judiciária.⁴²

Vemos essa nova postura do juiz ordinário como necessidade derivada de fatos,



de modo que o ativismo judicial é um efeito inerente à maior participação do Poder Judiciário na construção e na aplicação do ordenamento. Abandonando a atuação mecanicista de subsunção dos fatos à norma em favor de visões mais abertas e que permitam o ajuste ou adequação das decisões aos casos concretos, estaremos trocando sistemas (ambos com qualidades e defeitos), mas acreditamos que o ativismo judicial pode ser um “mal menor” em comparação ao modelo de justiça formal desajustado à realidade contemporânea.

Mas no complexo, técnico, dinâmico e plural do ambiente contemporâneo, é um grande desafio encontrar soluções justas, mesmo para o Constituinte e para o Legislador.⁴³ As dimensões continentais do território brasileiro dão margem a diversidades em várias regiões, sendo evidente o multiculturalismo alimentando tradições, convicções e modos de vida (a despeito de meios de comunicação de massa), aspectos que são maximizados quando pensamos em modelos jurídicos de integração entre países.

Por isso, o trabalho do juiz ordinário

41 Com ressalvas mas numa perspectiva favorável ao ativismo, ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clémerson Merlin et al. (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, e TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, n. 2, 2007.

42 Sobre o tema, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129 e 138, e LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 24

43 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 107, afirma que talvez a questão mais difícil foi o Legislativo adaptar seus métodos e processos às novas exigências técnicas da legislação.

deve ser minimamente controlável. Primeiro, é necessário respeitar critérios de competência, de modo que, havendo regra expressa em preceitos normativos e que traga previsão abstrata razoável para um caso concreto, o magistrado deve se subordinar ao comando normativo ao invés de recorrer a princípios.⁴⁴ Com essa subordinação o magistrado respeitará a legitimidade e a competência do agente normativo, e também a igualdade de tratamento que deriva da aplicação desse ato normativo para todas as pessoas e circunstâncias, além do que o magistrado também cumprirá técnicas de decisão como a unidade do ordenamento e a interpretação conforme a constituição.⁴⁵

Segundo, as soluções devem ser, preferencialmente, formuladas para cada caso concreto, em respeito ao dinamismo, complexidade e pluralismo da sociedade contemporânea. Em temas estritamente de Direito, as soluções judiciais podem ter efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, mas, em condições normais, as construções do Direito Judicial devem deixar espaço para futuras reflexões. No caso de colisão de direitos fundamentais, acreditamos que a atuação do Poder Judiciário deve evitar generalizações, pois

confrontos entre as mesmas previsões abstratas encontram aspectos fáticos singulares no caso concreto, o que pode proporcionar soluções adequadas diversas (caso a caso), construídas segundo o peso mostrado na colisão dos preceitos normativos.⁴⁶ Mesmo o mínimo existencial é identificado apenas na perspectiva individual e concreta, o que reforça a recomendação de o ativismo focar o caso concreto.

Terceiro, a atuação do juiz ordinário deve ser realizada segundo parâmetros democráticos, tendo como objetivo central a justiça revelada pelos valores da sociedade (e não pelos valores do magistrado), daí porque a postura dos membros do Poder Judiciário deve ser de diálogo e de reflexão, sempre que possível adotando mecanismos que permitam a participação pluralista, como audiência pública integrada por especialistas, manifestação de membros de segmentos da sociedade (*amicus curiae*) e demais mecanismos de democratização da decisão judicial.⁴⁷

Quarto, a construção das soluções deve ser feita mediante mecanismos consistentes e controláveis, empregando técnicas como ponderação e proporcionalidade, ao mesmo tempo em que a livre convicção motivada seja aperfeiçoada com a utilização da teoria da argumentação material e procedimental.⁴⁸

44 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391 a 394, referindo-se aos riscos da constitucionalização excessiva, observa consequências negativas de natureza política (esvaziamento do poder das maiorias pelo engessamento da legislação ordinária) e de natureza metodológica (decisionismo potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais), de modo que procura limitar os excessos do Judiciário mediante dois parâmetros preferenciais a serem seguidos: 1º) preferência pela lei em detrimento de decisões que os magistrados entendem “mais convenientes”; 2º) preferência por regras ao invés de princípios para evitar o desapego do operador do direito ao que resta positivado dentro de parâmetros razoáveis.

45 Nos EUA, corrente conhecida como minimalismo judicial afirma que o Congresso norte-americano atua de modo mais democrático que a Suprema Corte, e que a Suprema Corte não é melhor que o Congresso para decidir sobre princípios e direitos fundamentais, daí porque as decisões minimalistas deveriam deixar espaço para futuras reflexões no âmbito nacional, estadual ou local. Sobre o minimalismo, PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. *Columbia Law Review* (100 Colum. L. Rev. 1454), oct. 2000.

46 Por exemplo, no caso da colisão abstrata entre vida e religião que sugere a necessidade de transfusão de sangue como medida adequada e necessária à preservação da vida de um membro da igreja Testemunha de Jeová, acreditamos que a solução dada ante à inexistência de possibilidade de manifestação do doente pode ser diversa se o caso concreto envolver senhora idosa e marcada por fervor religioso (o que sugere a prevalência da religião em relação à vida) ou criança cuja atividade religiosa é derivada do fato de ela acompanhar seus pais religiosos (nesse caso, sugerindo a preservação da vida em detrimento da religião).

47 A Lei nº 9.868/1999 e a Lei nº 9.882/1999 cuidam de audiências públicas e de *amicus curiae* para proporcionar maiores elementos visando o julgamento adequado de ações diretas de controle de constitucionalidade. Esses mecanismos democratizam o processo decisório, daí porque são instrumentos perfeitamente aplicáveis a processos relevantes que tramitam pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

48 A respeito da estrutura material argumentativa, PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da*

Mesmo que a decisão seja formulada para o caso concreto, a fundamentação e a argumentação devem ser consistentes e diretas.⁴⁹

Quinto, ainda que as soluções sejam buscadas caso a caso, o trabalho do juiz ordinário deve manter coerência com relação aos parâmetros utilizados, tanto *intra* quanto *extra* decisão. Além de expor suas decisões por argumentações consistentes, as soluções adequadas a cada caso devem ser elaboradas a partir dos mesmos métodos e critérios de trabalho, evitando casuísmos e permitindo previsibilidade (dentro do possível).

Obviamente há muitas outras maneiras de controle do trabalho do juiz ordinário nos quadros acima apresentados, mas a observância desses critérios elementares permite o mínimo de controle da formulação do Direito Judicial.

argumentação. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e, sobre a estrutura procedimental argumentativa, ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (1979). Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, e, afinal, acerca da argumentação no plano fático-forense de resolução de *hard cases*, ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação judicial. São Paulo: Landy, 2002.

49 Ao contrário, no minimalismo americano, SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999, afirma que os juízes devem decidir os casos que lhes são apresentados, mas preferencialmente devem deixar abertas as possibilidades de rever futuramente suas decisões em favor da democracia deliberativa, razão pela qual sustenta que uma decisão minimalista deve apresentar como características a superficialidade (*shallowness*) e estreiteza ou restrição (*narrowness*), decidindo o caso concreto ao invés de estabelecer regras para aplicação de outros casos, evitando debate sobre questões de princípio (o que poderia aumentar as possibilidades de rejeição e colocando em risco o prestígio da instituição).

Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (1979). Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANTHONY, Gordon. Procedure, substance, and proportionality: legitimate expectations. *United Kingdom Administrative Law, European Review of Public Law* - Spetses, London: Esperia Publications Ltd., v. 15, n. 4, winter 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação judicial. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 01-67, abr./jun. 2005.

_____. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

----- . *La société du risqué: sur la voie d'une outré modernité*. Paris: Aubier, 2001.

----- . A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997.

BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v. IV, n. 3, dez. 1942.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. dos Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2000.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

----- (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Série Politique. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – LGDJ, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1986.

----- . *De la maldad estatal y la soberania popular*. Madrid: Editorial Debate, 1984.

----- . *Legitimidad-legalidad em el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

----- ; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

FAVOREU, Louis (coordonateur); GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; ROUX, André; PFERSMANN, Otto; SCOFFONI, Guy. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.) *Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FICKLER-DESPRES, Odile. Les promesses de l'administration. *La Semaine Juridique - Juris-Classeur Periodique*, Édition Générale, 1998-1, 104.

FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). *Racionalidad y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

----- . *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FLEINER-GERSTER, Thomas, colab. de HÄNNI, Peter. *Teoria geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portela Purschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesta tutela justificativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. In: *Estudios de derecho público económico*. Libro homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JONES, Peter V. *O mundo Atenas: uma introdução à cultura clássica ateniense*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 2000.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. Alex Marins. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história, lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.

MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

MAUS, Didier. Inflation juridique et développement des normes. In: *Droit constitutionnel et droits de l'homme*. Paris: Economica, Press Universitaires, D'aix-Marseille, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. 2. ed. 6. reimp. Barcelona: Ariel, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. *Columbia Law Review* (100 Colum. L. Rev. 1454), oct. 2000.

POZZOLO, Susanna; RAMOS DUARTE, Écio Otto. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. Rev. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS NOVAIS, Jorge. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. técnica Alyson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al. (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SADEK, Maria Tereza. A crise no judiciário vista pelos juízes: resultados da pesquisa quantitativa. In: SADEK, Maria Tereza. (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995.

SANCHÍS, Luiz Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum / Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, n. 9, jan./mar. 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2003.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, n. 2, 2007.

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TREMEAU, Jérôme. *La réserve de loi – compétence législative et constitution*. Paris e Aix-en-Provence: Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan e IUPERJ, 1997.

_____; _____; _____; _____. *O perfil do magistrado brasileiro*. Projeto diagnóstico da justiça. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.

WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Rech, Habilitations-schrift*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Garcón. Madrid: Trotta, 1995.



Jurisprudência em destaque

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL

0005632-73.2004.4.03.6102

(2004.61.02.005632-7)

Arguentes: SINDICATO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS DE RIBEIRÃO PRETO E REGIÃO

Arguída: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: ARGINC 13

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/06/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - COFINS - IMUNIDADE - ARTIGO 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91, ART. 6º, III - ISENÇÃO - ART. 14, X, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/01.

1. O artigo 195, § 7º, da Constituição Federal disciplina a imunidade das entidades beneficentes em relação às contribuições para a seguridade social.

2. Embora a Constituição tenha aplicado o termo “isentas” no citado artigo, trata-se efetivamente de norma imunizatória, mas para estar acobertada pela imunidade, a instituição deve obedecer as exigências contidas nos ditames legais.

3. Mesmo que seja denominada “beneficente” uma determinada entidade, a imunidade dependerá de sua efetiva caracterização como tal, quer dizer, deverá preencher os requisitos legais para o enquadramento da enti-

dade como beneficente de assistência social.

4. O inciso X, do art. 14, da Medida Provisória nº 2158-35/01, possibilitou a isenção da Cofins tão somente às receitas relativas às atividades “próprias” das entidades, limitando a aplicação do benefício fiscal, concluindo que as atividades “não próprias” não são alcançadas pela imunidade, restrição esta que a Lei Maior não estabeleceu.

5. Tal norma legal revogou o disposto no inciso III, do artigo 6º da LC nº 70/91, que dispõe que as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas na lei, são isentas da contribuição da Cofins.

6. Esta revogação não ocorreu em relação aos requisitos a serem preenchidos pelas entidades beneficentes para o gozo do benefício, mas tão somente no que se refere ao tipo de receita para fins de definição da isenção, pois, a LC nº 70/91 conferiu a isenção a todas as receitas da entidade beneficente de assistência social, sem fazer distinção entre atividades “próprias” e “impróprias” ou não próprias”, repetindo ditame

do Texto Maior.

7. A legislação aqui tratada extrapolou os limites impostos pelo artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, o qual não delegou à lei a definição do conteúdo material do benefício, isto é, o tipo de receita a ser excluída da tributação, mas delegou à lei somente a fixação dos requisitos a serem cumpridos, para fins de enquadramento das entidades como sendo “beneficentes de assistência social”.

8. Mesmo que se trate de valores decorrentes de operações “impróprias” ou “não próprias”, não há como impor o recolhimento da contribuição, uma vez que, como já dito, a Constituição atribuiu à regulamentação legal o próprio enquadramento no conceito de entidade beneficente, mas não as atividades ou operações que poderiam ou não vir a ser tributadas.

9. As alterações impostas pelo art. 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, levam à sua inconstitucionalidade, pois mais que regulamentar, limitam o alcance da imunidade constitucional, vez que não seria lícito à medida provisória se sobrepor à imunidade constitucional para não reconhecê-la, ao conceder isenção para as receitas de “operações próprias” e, por outro lado, impor a tributação das receitas decorrentes de operações “não próprias”, entendidas estas últimas, como aquelas que não possuem caráter contraprestacional direto, mas que provêm de atividades que não se encontram diretamente relacionadas às suas atividades essenciais.

10. Ao declarar de forma ampla a imunidade, o constituinte pretendeu que qualquer receita, “própria ou imprópria”, quando auferida pela entidade beneficente de assistência social, estaria vinculada à atividade-

fim protegida, mesmo porque o artigo 195, § 7º não fez tal distinção, mas tão somente limitou a obtenção da imunidade em relação apenas aos requisitos para enquadrar a entidade como beneficente de assistência social, determinados por lei.

11. Havendo norma constitucional que estabelece imunidade para as entidades beneficentes, lei infraconstitucional não pode limitar tal benefício, como o fez o dispositivo legal em discussão.

12. Mesmo que se admita que o texto constitucional que garante a imunidade, tenha outorgado ao legislador infraconstitucional a competência para estabelecer critérios que possam regular o exercício da imunidade, não foi outorgada a possibilidade de este restringir uma limitação ao poder de tributar, como ocorreu no inciso X, do artigo 14, da MP nº 2.158-35/01, o qual delimitou a extensão da imunidade apenas às receitas provenientes das atividades próprias da entidade.

13. Tendo o legislador infraconstitucional restringido a vontade do constituinte, que estabeleceu o benefício fiscal, ora discutido, às entidades beneficentes de assistência social, e somente a elas, uma vez atendidas as exigências estabelecidas em lei, sem qualquer restrição com relação ao tipo de atividade por elas desenvolvida, mister se faz concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo legal ora apreciado.

14. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que tange às entidades de assistência social, frente à norma constitucional prevista no artigo 195, § 7º.

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, julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que tange às entidades de assistência social, frente à norma constitucional prevista no artigo 195, § 7º, nos termos do voto retificado da Desembargadora Federal Relatora CECÍLIA MARCONDES.

São Paulo, 29 de maio de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do inciso X, do artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, em face de ofensa direta ao artigo 195, § 7º da Constituição Federal, por conferir a este restrição ao alcance material da imunidade ali estabelecida.

Para o julgamento da apelação e da remessa oficial, perante a 3ª Turma, relatei o feito nos seguintes termos, *verbis*:

Cuida-se de remessa oficial e apelações interpostas de r. sentença que concedeu parcialmente a segurança em autos de Mandado de Segurança Coletivo interposto pelo Sindicato das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Filantrópicos de Ribeirão Preto, com o fim de ver as suas entidades associadas desobrigadas do pagamento da contribuição à Cofins. A impetrante esclarece que, em razão do disposto no § 7º, do artigo 195, da Constituição Federal, suas associadas possuem direito à imunidade ali estabelecida.

Insurge-se em relação ao disposto no artigo 14, inciso X, e no artigo 93, inciso II,

“a”, da Medida Provisória nº 2.158-35/01 que pretendeu alterar a sistemática estabelecida na lei Complementar nº 70/91 que instituiu a Cofins, e que estabeleceu no inciso III, art. 6º a isenção da Cofins em relação às entidades beneficentes de assistência social.

Afirma, que embora a citada Medida Provisória tenha mantido a isenção em tela, restringiu-a às receitas decorrentes das atividades próprias destas entidades, estabelecendo condições para fruição da isenção legal, quais sejam, a obediência aos comandos do artigo 55, da Lei nº 8.212/91.

A r. sentença monocrática concedeu em parte a segurança para assegurar às entidades filiadas à impetrante, nos termos nominados na relação de fls. 56/57 juntada aos autos, com domicílio tributário na área de atuação da autoridade impetrada, e que atendam às condições e requisitos estabelecidos no artigo 55 e incisos da Lei nº 8.212/91, respeitados ainda os efeitos da ADIN nº 2028, o direito de não recolher a Cofins.

Inconformada, a impetrante interpôs apelação, pleiteando a reforma da r. sentença para que fosse concedida integralmente a segurança, nos termos do pedido inicial formulado que pretendeu a não obediência às condições impostas no artigo 55, da Lei nº 8.212/91, por entender que esta não poderia disciplinar a imunidade prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, por ser tarefa exclusiva de lei complementar.

A União Federal interpôs apelação às fls., pretendendo a atribuição de efeito suspensivo à presente apelação. Em preliminar, aduziu a inadequação da via eleita em razão da necessidade de prova quanto à natureza e o preenchimento de requisitos de todas as filiadas da impetrante, a nulidade da r. sentença, por haver proferido decisão de cunho genérico ao determinar a verificação pela autoridade impetrada do preenchimento dos requisitos pelas entidades associadas para fruição do benefício fiscal, e ainda a extinção do feito por ausência de documento indispensável ante o

descumprimento da exigência prevista na Lei nº 9494/97, que determina que a petição inicial deverá ser obrigatoriamente instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que autorizou a ação coletiva. No mérito, pretende ver reconhecida a constitucionalidade e legalidade do artigo 14, da Medida Provisória nº 2.158-35/01 que determinou a observância das exigências previstas no art. 55, da Lei nº 8.212/91.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento dos recursos de apelação, com a consequente manutenção da r. sentença recorrida. É o relatório.

A 3ª Turma, na sessão de 06.05.10, decidiu, por unanimidade de seus quatro integrantes, acolher a argüição de inconstitucionalidade do art. 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/01 e remeter o exame da questão ao Órgão Especial, nos termos dos artigos 97 da CF; 481 do CPC; e 11, parágrafo único, “g”, do Regimento Interno desta Corte e conforme o voto-vista proferido pelo Desembargador Federal Carlos Muta, com a suspensão do julgamento do mérito do presente feito.

O acórdão foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - PRELIMINARES - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - LEI EM TESE - NULIDADE DA SENTENÇA - COFINS - IMUNIDADE - ARTIGO 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91, ART. 6º, III - ISENÇÃO - ART. 14, X, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/01 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ACOLHIMENTO DO INCIDENTE - REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL - ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A inicial veio devidamente instruída com todos os documentos essenciais à

sua propositura, quais sejam, o Estatuto do Sindicato, a Ata da Assembléia Geral Ordinária que elegeu a diretoria e a Certidão do Ministério do Trabalho que atesta as entidades associativas representadas pelo Sindicato, ora impetrante.

2. A prova do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN e do art. 55, da Lei nº 8.212/91 deverá ser verificada pela autoridade impetrada. Correta a via eleita por restar necessária a providência da tutela jurisdicional requerida, com o fim de obter a suspensão de medida lesiva às associadas da impetrante, ao ver ameaçada a garantia à imunidade prevista na Constituição Federal. Preliminar afastada.

3. Afastada a alegação no sentido de que a impetração volta-se contra lei em tese, uma vez que as associadas do impetrante sofrerão efeitos concretos de tributação com a aplicação da lei em questão.

4. Quando admitida perante a Turma a argüição de inconstitucionalidade, a competência para declarar a inconstitucionalidade de norma no âmbito desta Corte é exclusiva do Órgão Especial, conforme determina o artigo 97 da Constituição Federal.

5. É relevante a alegação de inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, pois a limitação à isenção nela contida ao reduzir o alcance material da norma, além de revogar a isenção prevista no artigo 6º, da Lei Complementar nº 70/91, contrariou o § 7º do artigo 195 da Constituição Federal, uma vez que este não delegou à lei infraconstitucional definir o conteúdo material do benefício, mas tão somente a fixação de exigências para o enquadramento e qualificação das entidades beneficentes de assistência social.

6. Acolhimento da argüição de inconstitucionalidade com a remessa dos autos ao Órgão Especial, com a suspensão do julgamento da remessa oficial e das apelações, nos termos do voto-vista do Desembargador Federal Carlos Muta.

Redistribuídos ao Órgão Especial, foram os autos à Procuradoria Regional da Fazenda Nacional, que requereu o processamento e o julgamento da arguição de inconstitucionalidade, para ao final ver declarada a total constitucionalidade do art. 14, X, da MP nº 2.158-35/2001. (fls. 292/313)

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, este opinou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, por vício formal e material frente à norma constitucional do artigo 195, § 7º. (fls. 317/324)

Peço dia.

Este é o relatório, a ser previamente distribuído aos membros do Órgão Especial.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Senhores Desembargadores, perante a Terceira Turma desta Corte foi admitida a relevância da arguição de inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Transcrevo, para melhor elucidação do colegiado, a íntegra do artigo 14, da MP nº 2.158-35/2001, na qual inserido o preceito impugnado:

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

I - dos recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista;

II - da exportação de mercadorias para o exterior;

III - dos serviços prestados a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente

ingresso de divisas;

IV - do fornecimento de mercadorias ou serviços para uso ou consumo de bordo em embarcações e aeronaves em tráfego internacional, quando o pagamento for efetuado em moeda conversível;

V - do transporte internacional de cargas ou passageiros;

VI - auferidas pelos estaleiros navais brasileiros nas atividades de construção, conservação modernização, conversão e reparo de embarcações pré-registradas ou registradas no Registro Especial Brasileiro - REB, instituído pela Lei no 9.432, de 8 de janeiro de 1997;

VII - de frete de mercadorias transportadas entre o País e o exterior pelas embarcações registradas no REB, de que trata o art. 11 da Lei no 9.432, de 1997;

VIII - de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras nos termos do Decreto-Lei no 1.248, de 29 de novembro de 1972, e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior;

IX - de vendas, com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

§ 1º São isentas da contribuição para o PIS/PASEP as receitas referidas nos incisos I a IX do *caput*.

§ 2º As isenções previstas no *caput* e no § 1º não alcançam as receitas de vendas efetuadas:

I - a empresa estabelecida na Amazônia Ocidental ou em área de livre comércio;

II - a empresa estabelecida em zona de processamento de exportação;

Revogado pela Lei nº 11.508, de 2007

III - a estabelecimento industrial, para industrialização de produtos destinados à exportação, ao amparo do art. 3º da Lei no 8.402, de 8 de janeiro de 1992.

Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na

folha de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:

- I - templos de qualquer culto;
- II - partidos políticos;
- III - instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997;
- IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei no 9.532, de 1997;
- V - sindicatos, federações e confederações;
- VI - serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;
- VII - conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas;
- VIII - fundações de direito privado e fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público;
- IX - condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais; e
- X - a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB e as Organizações Estaduais de Cooperativas previstas no art. 105 e seu § 1º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

Em face do disposto no inciso X, do artigo 14 da MP nº 2.158-35/01, cujo teor foi acima reproduzido, foi invocada a violação ao artigo 195, § 7º da Constituição Federal, que assim dispõe:

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;
- II - dos trabalhadores;
- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
 - a) 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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da

publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º - O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada

a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A E. 3ª Turma, à unanimidade, em sessão de julgamento de 06/05/2010, acompanhou o voto-vista do Ilustre Desembargador Federal Carlos Muta, no sentido de admitir a arguição de inconstitucionalidade para o fim de sujeitar a apreciação do respectivo mérito ao Órgão Especial, o qual fundamentou-se nas seguintes razões (fls. 282/285):

Senhores Desembargadores, trata-se de mandado de segurança coletivo do SINDICATO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS DE RIBEIRÃO PRETO E REGIÃO, buscando afastar a exigibilidade da COFINS, alegando, em suma, que, apesar do artigo 6º, III, da LC nº 70/91, que prevê *isenção* para entidades beneficentes de assistência social, a MP nº 2.158-35/01, revogando tal isenção, passou a exigir, a partir de fevereiro/99, a COFINS sobre receitas *não decorrentes de atividades próprias*, mantendo o benefício apenas quanto às receitas próprias, o que fere o próprio artigo 195, § 7º, da Lei Maior, que não distingue receitas próprias de impróprias para

fins de isenção ou imunidade, aduzindo que somente lei complementar pode tratar de limitações ao poder de tributar (artigo 146, II, CF), e não mera medida provisória como ocorrido aqui, com revogação do que previa a lei complementar de 1991.

A r. sentença concedeu parcialmente a segurança, “para assegurar às entidades filiadas à impetrante nominadas na relação de fls. 56/57 e não excluídas dos efeitos desta ação mandamental na forma expendida no item II da presente sentença, com domicílio tributário na área de atuação da autoridade ora impetrada, e que atendam às condições estabelecidas no art. 55 e incisos da Lei nº 8.212/91, aplicável ao caso por força da previsão contida no art. 17 da referida Medida Provisória, atentando-se para os efeitos da ADIN nº 2028, proposta pela Confederação Nacional da Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, que no ponto deram concretude ao § 7º do art. 195 da Constituição Federal, o direito ao não recolhimento da COFINS.” Houve apelo de ambas as partes: o impetrante, pelo reconhecimento da imunidade do artigo 195, § 7º da Constituição Federal, sem as restrições da Lei nº 8.212/91, mantendo-se a aplicação do artigo 14 do CTN; e a Fazenda Nacional requerendo: (1) a decretação de carência de ação, por inadequação do mandado de segurança, vez que necessária dilação probatória; (2) nulidade da sentença, por determinar à autoridade impetrada que verifique o preenchimento dos requisitos ao gozo do benefício; ou, quando menos, (3) a constitucionalidade e a legalidade da Medida Provisória nº 2.158-35/01.

A relatora, Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, negou provimento às apelações e à remessa oficial, tendo sido acompanhada pelo Des. Fed. NERY JÚNIOR.

Pedi vista dos autos, na sessão de 29/04/2010, para melhor exame da controvérsia, devolvendo-os para continuidade do julgamento, nesta sessão de 06/05/2010, imediatamente subsequente.

Primeiramente, saliento que o mandado de segurança não pleiteou o reconhecimento da imunidade no sentido da comprovação dos requisitos próprios para sua fruição, em mandado de segurança coletivo, a demandar a necessidade de dilação probatória, incompatível com a via eleita, mas apenas que, diante de contribuintes que, estariam na situação fiscal de imunidade ou isenção, se declare inexigível a incidência fiscal fundada no artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/01. Não é o caso, pois, de investigar se cada um dos sindicalizados da entidade impetrante preenche, ou não, os requisitos da legislação para o gozo da isenção ou imunidade, pois tal condição, embora invocada, não consubstancia o cerne do pedido no sentido de constar da declaração judicial, a permitir que seja formada a coisa julgada, considerando que a controvérsia, em si, relaciona-se não a isto, mas à imposição da incidência fiscal com base no artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/01.

Desse modo, penso ser viável o mandado de segurança coletivo, a discutir o justo receio de aplicação, pela Administração Tributária, de preceito de imposição fiscal, que estaria a colidir com garantia constitucional aplicável para contribuintes, nas condições invocadas pelo impetrante.

No tocante à nulidade da sentença, não a acolho, pois a r. sentença apenas destacou que, não sendo objeto de discussão o cumprimento individual de requisitos para imunidade ou isenção, não se buscando o reconhecimento de tal condição nesta declaração judicial, poderia a fiscalização apurar o fato e autuar os que não cumprissem os requisitos da legislação, mas, quanto aos demais, que estivessem regulares nesta comprovação, seria cabível o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/01, para efeito de afastar a exigibilidade da COFINS.

No mérito, consta da MP nº 2.158-35/01, ora impugnada, que:

“Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha

de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:

I - templos de qualquer culto;

II - partidos políticos;

III - instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;

IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;

V - sindicatos, federações e confederações;

VI - serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;

VII - conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas;

VIII - fundações de direito privado e fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público;

IX - condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais; e

X - a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB e as Organizações Estaduais de Cooperativas previstas no art. 105 e seu § 1º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

I - dos recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista;

II - da exportação de mercadorias para o exterior;

III - dos serviços prestados a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas;

IV - do fornecimento de mercadorias ou serviços para uso ou consumo de bordo em embarcações e aeronaves em tráfego internacional, quando o pagamento for efetuado em moeda conversível;

V - do transporte internacional de cargas ou passageiros;

VI - auferidas pelos estaleiros navais brasileiros nas atividades de construção, conservação modernização, conversão e

reparo de embarcações pré-registradas ou registradas no Registro Especial Brasileiro - REB, instituído pela Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997;

VII - de frete de mercadorias transportadas entre o País e o exterior pelas embarcações registradas no REB, de que trata o art. 11 da Lei nº 9.432, de 1997;

VIII - de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras nos termos do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior;

IX - de vendas, com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

§ 1º São isentas da contribuição para o PIS/PASEP as receitas referidas nos incisos I a IX do *caput*.

§ 2º As isenções previstas no *caput* e no § 1º não alcançam as receitas de vendas efetuadas:

I - a empresa estabelecida na Amazônia Ocidental ou em área de livre comércio;

II - a empresa estabelecida em zona de processamento de exportação; Revogado pela Lei nº 11.508, de 2007

III - a estabelecimento industrial, para industrialização de produtos destinados à exportação, ao amparo do art. 3º da Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de 1992.”

Tal preceituação revogou a LC nº 70/91, no que dispunha que:

“Art. 6º São isentas da contribuição:

.....

III - as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

Note-se que a revogação ocorreu no que concerne não a requisitos a serem preenchidos por entidades beneficentes para o gozo do benefício, mas no tocante ao tipo de receita para fins de definição da isenção e, pois, da incidência fiscal. Segundo a LC nº 70/91 toda e qualquer

receita de entidade beneficente de assistência social, constituída e em funcionamento de acordo com os requisitos da legislação, gozava de isenção, ao passo que a MP nº 2.158-35/01, inovando a ordem jurídica, limitou a isenção a receitas de atividades próprias de tais entidades. Aqui, a legislação impugnada parece não ter atuado nos limites do artigo 195, § 7º, da Carta Federal, o qual delegou à lei exclusivamente a fixação das exigências para enquadramento e qualificação das “entidades beneficentes de assistência social”, mas não a definição do conteúdo material do benefício, em termos, por exemplo, de tipo de contribuição ou, mais especificamente, do tipo de receita excluída da tributação.

A propósito, *não em exame de mérito*, mas apenas em cognição sumária, firmei o seguinte precedente na Turma:

- AG nº 2006.03.00095351-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 21/03/2007: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO DEVOLUTIVO. CARÁTER AUTO-EXECUTÓRIO DA SENTENÇA. EXCEPCIONALIDADE DO EFEITO SUSPENSIVO. COMPROVAÇÃO DA RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE E DO RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. ARTIGO 195, § 7º, CF. ISENÇÃO. ARTIGO 14, X, DA MP Nº 2.158-35/01. CERTIFICADO DE ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, em face do seu caráter auto-executório, a sentença no mandado de segurança, seja concessiva ou denegatória a ordem, sujeita-se à apelação cujo efeito é meramente devolutivo, salvo em situações excepcionais. 2. *Caso em que configurada, porém, a relevância da tese de isenção da COFINS, em favor da agravante, com fulcro no artigo 195, § 7º, da Carta Federal, sem as limitações do artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/01, que mais do que apenas fixar as condições, requisitos e exigências da isenção, reduziu-lhe o alcance*

material, em aparente contraste com a norma constitucional, que não distingue entre receitas próprias e impróprias. 3. É relevante, outrossim, que, como isenção, e não imunidade, esteja o benefício sujeito à comprovação de requisitos legais, sendo que, quanto ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, embora vencido, é relevante a alegação de que, nos termos do § 3º do artigo 3º do Decreto nº 2.536/98, houve prorrogação provisória de sua validade, vez que tempestivamente formulados os pedidos de renovação e reconsideração, não podendo a demora do Conselho Nacional de Assistência Social ser imputada à agravante e produzir-lhe efeitos gravosos, no sentido de impedir a comprovação de condição necessária ao gozo da isenção (artigo 195, § 7º, CF). 4. Agravo de instrumento provido, ficando prejudicados os embargos declaratórios e o agravo regimental.”

Note-se que neste precedente reconhecemos a relevância da tese de inconstitucionalidade, mas não, propriamente, a inconstitucionalidade do preceito ora impugnado.

A imunidade ou a isenção destinam-se a proteger certas atividades ou entidades, por sua importância constitucional - no caso as de beneficência e assistência social -, a indicar, como relevante, a consideração de que mesmo a receita, auferida em atividades não-próprias, não pode ser, desde logo, excluída do benefício constitucional, como fez o legislador que, assim, presumiu - o que não é possível nem válido - que tal receita não é destinada à própria consecução da atividade-fim da instituição. A presunção constitucional firmou-se, porém, de forma imodificável, e no sentido exatamente contrário ao adotado pelo texto, ora impugnado. De fato, ao declarar amplamente a imunidade ou isenção, o que disse o constituinte foi que a receita, própria ou imprópria, quando auferida por tal espécie de entidade, beneficente de assistência social, é, ou presume-se que seja, vinculada à atividade-fim

protegida, tanto assim que o artigo 195, § 7º, não permitiu nem delegou ao legislador infraconstitucional a elaboração de uma tal distinção, limitando sua atuação a outro aspecto normativo, relacionado apenas à definição dos requisitos para enquadramento de entidade como beneficiária de assistência social, e nada mais.

Por reputar relevante a questão constitucional e, sobretudo, por ser aqui vislumbrada a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/01, que continua em vigor por força do artigo 2º da EC nº 32/2001, e considerando que não existe precedente específico da Suprema Corte ou do colegiado maior desta Corte, em face de tal preceito normativo - não servindo, para tanto, a meu sentir, o que foi decidido pela Suprema Corte quanto ao artigo 55 da Lei nº 8.212/91, com as alterações da Lei nº 9.532/98, objeto da ADIMC nº 2.028, cuja existência serviu de base para o precedente, de minha lavra, que foi citado no voto da relatora, sem violação, portanto, do artigo 97 da Constituição Federal -, a hipótese não é, a meu ver, de apreciação direta do mérito por esta Turma, em face do que estabelece o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10/2008, mas sim a de formulação de juízo de admissibilidade disto que é, na verdade, não menos do que uma arguição de inconstitucionalidade a fim de que, assim concluindo este órgão fracionário, seja a controvérsia sujeita ao julgamento pelo Órgão Especial desta Corte.

Verifico que já existe parecer ministerial, quanto à controvérsia de natureza constitucional, objeto da devolução, daí porque possível aproveitar os atos anteriores para determinar, doravante, que o julgamento prossiga em termos de arguição de inconstitucionalidade, e não como julgamento de mérito.

Tenho ciência de que a Turma já declarou a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/01, mas penso que não devemos reiterar o erro apenas

para manter a coerência, até porque, num dos casos em que assim procedeu a Turma (AMS nº 2005.61.00.016707-0), o Supremo Tribunal Federal recebeu e deferiu liminar em reclamação (RCL nº 9.192, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, 01/03/2010), determinando a suspensão do acórdão, por violação à Súmula Vinculante nº 10.

Ante o exposto, proponho que a matéria seja discutida na forma de arguição de inconstitucionalidade e, como tal, acolhida, por relevância de seus fundamentos, para que o mérito seja apreciado pelo Órgão Especial, sobrestando-se os demais feitos, com idêntica controvérsia, até o pronunciamento do referido colegiado ou da Suprema Corte.

É como voto.

Com vista dos autos, a Procuradoria da Fazenda defendeu a constitucionalidade do art. 14, X, da MP nº 2.158-35/2001 e a consequente improcedência da presente arguição, manifestação reproduzida a seguir, sem contudo, citar “in verbis” a legislação pertinente ali descrita, nos seguintes termos (fls. 295/313):

Na situação controvertida no presente incidente de arguição de inconstitucionalidade, é impreterível remarcar, em relação à regra do indigitado art. 14, inciso X, da MP nº 2.158-35/01, a sua constitucionalidade (i) formal, eis que a espécie normativa é idônea a inserir no ordenamento jurídico a regra que por ela se dispôs, e (ii) material, porquanto há perfeita e total sintonia entre o seu conteúdo e as normas insculpidas no Texto Constitucional, conforme será farta e exaustivamente demonstrado a seguir.

I - DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ART. 14, X, DA MP 2.158-35/01 - DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (ART. 195, § 7º) QUE REMETE A SUA REGULAMENTAÇÃO À LEI, SEM QUALIFICÁ-LA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, CONSOANTE ITERATIVO ENTENDIMENTO DO E. SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL, IMPLICA NA CONCLUSÃO DE QUE TAL LEI É A ORDINÁRIA - PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSO.

Calha remarcar, ainda que “en passant”, a integral constitucionalidade formal do art. 14, X, da MP 2.158-35/01, porquanto tal dispositivo, conforme exsurge de seu texto, visa a regulamentar o § 7º do art. 195 do Texto Supremo, o qual dispõe que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”, sem, portanto, fazer menção à necessidade da edição de lei complementar para tanto. Conforme é notório, a jurisprudência do Pretório Excelso é firme no entendimento de que somente é exigível a edição de lei complementar quanto o “Lex Fundamental” é expressa em exigi-la, o que, reitere-se, não é o caso.

Neste sentido, faz-se curial trazer à baila um precedente do E. STF:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º, e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

(...) *De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a ‘lei’ para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar.*

- No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária.

(...)”

(STF, Tribunal Pleno, Adin nº 2.028-5, Rel. Min. Moreira Alves, unânime, j. 11/11/1999, DJU de 16/06/2000, p. 30). (grifo nosso)

Neste diapasão, não sendo a matéria objeto de necessária regulamentação por lei complementar, também impreterível remarcar, consoante a jurisprudência do C. STF, ser lícito o seu tratamento por medida provisória, razão pela qual, sob o ângulo formal, nada há que se impugnar no mencionado diploma.

II - DA INTEGRAL CONSONÂNCIA DA REGRA DO ART. 14, X, DA MP Nº 2.158-35/01 COM A CF/88 - CARÁTER CONDICIONADO DA IMUNIDADE DO ART. 195, § 7º DA MAGNA CARTA, QUE DEVE SER INTERPRETADA À LUZ DAS REGRAS DOS ART. 150, § 4º E 170, IV, AMBOS DO TEXTO SUPREMO - NORMA IMUNIZANTE QUE SOMENTE ABRANGE AS RENDAS DECORRENTES DAS ATIVIDADES PRÓPRIAS DA ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, INCLUSIVE EM VISTA DOS LIMITES IMPOSITIVOS DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Eis o teor da regra objeto da presente arguição de inconstitucionalidade, *verbis*: (art. 14, X)

(art. 13)

O dispositivo objurgado, contudo, adveio do permissivo constitucional insculpido no § 7º, *in fine*, do art. 195 da CF e encontra perfeita consonância com as também ora aplicáveis regras do § 4º do art. 150, inciso IV do art. 170 e § 4º do art. 173, todos da Magna Carta, cujo teor se transcreve:

(CF - art. 195, § 7º)

(CF - art. 150, VI, § 4º)

(CF - art. 170, IV)

(CF - art. 173, § 4º)

Efetivamente, a regra do art. 14, inciso X, da MP 2.158-35/01 NADA MAIS FEZ do que explicitar, conforme o permite o teor do § 7º do art. 195 da CF - verdadeira norma constitucional de eficácia limitada, na célebre classificação do

mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA - os contornos da imunidade em tela, sem restringi-la ou, menos ainda, amesquinhá-la, mas, ao contrário, colocando-a no leito natural e devido, atenta aos demais princípios e regras constitucionais, inclusive aquelas que versam sobre a Universalidade do Financiamento da Seguridade Social (CF, art. 195, “caput”), da Universalidade e Generalidade da Tributação (CF, arts. 150, II e 153, § 2º, inciso I) e da Livre Concorrência (CR, art. 170, IV).

Deveras, o mencionado dispositivo tão-somente esclareceu que a imunidade à COFINS aplica-se, como não poderia deixar de ser, às receitas relativas às atividades desenvolvidas por essas entidades que gozam da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Lei Fundamental.

Tal imunidade tributária às contribuições destinadas à seguridade social - que deve ser lida, na sua contextura, de forma análoga àquela imunidade do art. 150, VI, “c” da CF, no tocante às naturais limitações previstas no § 4º desse mesmo art. 150 -, por óbvio, é informada por princípios e limites semelhantes a quaisquer outras imunidades, tendo-se presente que mesmo a imunidade recíproca cede passo à tributação quando os entes (v.g., autarquia ou fundações públicas) exerçam atividades econômicas, em prol seja dos Princípios da Universalidade e Generalidade da Tributação, consecutórios do Princípio da Isonomia Tributária, seja em prol do Princípio da Livre Concorrência.

Realmente, é sintomático que nem mesmo os entes administrativos - autarquias e fundações públicas - escapem à tributação quando exercem atividades econômicas (CF, art. 150, § 2º), não usufruindo da imunidade recíproca a que fazem jus - o que demonstra que as imunidades não estão alheias a limites, inclusive as ontológicas.

E tal ocorre porque o sistema agasalha, ao lado dos princípios e valores que inspiram a inserção de regras imuni-

zantes, outros princípios e regras que corporificam ou positivam valores adotados pelo constituinte, como os que, concretizando a livre iniciativa, estatuem o Princípio da Livre Concorrência, de molde a se evitar práticas e privilégios que impeçam a salutar concorrência entre os agentes econômicos. Forte no entendimento de que qualquer atividade extravagante que for indicativa de uma função empresarial ou econômica deverá submeter-se ao regime tributário apropriado, para não se ferir a isonomia e os princípios da generalidade e universalidade da tributação, e na constatação que as atividades das entidades assistenciais não são ontologicamente desprovidas de interesse econômico e capacidade contributiva, AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, no artigo “A imunidade tributária e a não sujeição constitucional ao dever tributário” é categórico em afirmar:

“Qualquer atividade extravagante exercida por essas entidades, que for indicativa de uma função empresarial ou econômica deverá obedecer ao regime tributário apropriado, para não ferir a isonomia de tratamento legal tributário, regra primordial do ordenamento jurídico, reproduzida no § 3º do art. 150 da Constituição para a hipótese de imunidade recíproca, porém aplicável a qualquer entidade desprovida de capacidade econômica tributável que desbordar de suas funções próprias e naturais.

As atividades das entidades educacionais e assistenciais não são, por definição e por sua própria natureza, desprovidas de interesse econômico e capacidade contributiva, necessitando, conseqüentemente, de uma determinação legal mais precisa e restrita de quais são aquelas que não devem ser tributadas.

Nitidamente, as instruções filantrópicas, criadas especialmente para atender caritativamente as pessoas carentes de recursos, encaixam-se, por absoluta ausência de capacidade econômica para a incidência de tributos, no modelo de

imunidade originária, enquanto as demais entidades que prestam serviços de assistência e de educação sem que a sua atividade caridosa fique bem determinada, por cobrar remuneração pelos seus serviços, não podem escapar de uma descrição legal reguladora dos requisitos e condições que deverão distinguir as empresas que exercem essas atividades com intuito econômico ou lucrativo, sujeitas, conseqüentemente, ao pagamento dos tributos devidos, daquelas outras que, apesar de obterem retribuição financeira pelos seus serviços, estão a merecer a outorga do incentivo constitucional da intributabilidade (imunidade derivada ou isenção constitucional) em razão da relevância desses serviços para a sociedade e do seu desprendimento do intuito final de lucro.

Nessa ordem de idéias, as instituições carentes, por natureza e de definição, de capacidade econômica para se sujeitarem ao pagamento de tributos (titulares de uma imunidade originária ou verdadeira imunidade) não sofrerão qualquer perda ou restrição em seus direitos naturais com a regulamentação que vier a ser emitida para delimitar ou determinar os contornos da concessão constitucional da imunidade constitucional derivada.

Nas hipóteses de imunidade originária nada impede que seus princípios sejam interpretados ou explicitados por lei de qualquer hierarquia, por não ser possível sofrer restrição ou desnaturamento de qualquer espécie.

... omissis ...

Assim como a imunidade recíproca em favor das pessoas de direito público não abrange a exploração de atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados, do mesmo modo, se as entidades filantrópicas, assistenciais e educacionais exercem alguma atividade extravagante, isto é, **FORA DE SUAS FUNÇÕES PRÓPRIAS FAVORECIDAS**, deverão se sujeitar ao regime jurídico tributário próprio

dessa atividade empresarial para não ferir o princípio máximo da igualdade tributária, de que situações idênticas não podem pagar tributos diferentes, já que o exercício de uma atividade econômica ou empresarial deve sujeitar as pessoas ao pagamento do mesmo tributo para não agredir o princípio da livre concorrência. O privilégio concedido a alguém dentro de um mesmo setor econômico ou empresarial configura uma concorrência desfavorável para os demais participantes.” (in MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Imunidades Tributárias*. Pesquisas Tributárias - Nova Série - 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, págs. 725-727) (os destaques são nossos)

Do mesmo modo, MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES entende: “A exegese do § 4º do art. 150 da CF é estabelecer balizas e deixar nítido que a desoneração não se aplica às atividades empresariais que, subsidiariamente, venham a ser exploradas pelas entidades mencionadas no caput da norma (art. 150), ainda que o façam com o objetivo de obter recursos para suas atividades essenciais.” (in *Imunidades Tributárias*. Pesquisas Tributárias - Nova Série - 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 517)

MARCO AURÉLIO GRECO, fundado no entendimento segundo o qual o § 4º do art. 150 da “Lex Fundamentalalis” tem em vista a origem da renda, disserta, *verbis*: “O art. 14 do CTN contém regras dizendo para onde os recursos e disponibilidades da entidade devem ir.

O § 4º do art. 150 da CF/88 se preocupa de onde as rendas vêm.

Assim, para fins de aplicação do dispositivo constitucional, não importa a sua aplicação (no País, na finalidade essencial etc.), mas, sim, é preciso identificar se eles foram gerados por atividades ligadas às suas finalidades essenciais. Se uma renda veio de uma atividade não relacionada com as finalidades

essenciais da entidade, não haverá imunidade, ainda venha a ser aplicada segundo as exigências do CTN.” (in Imunidade Tributária. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Imunidades Tributárias. Pesquisas Tributárias - Nova Série - 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 718)

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, em parecer publicado na Revista Tributária 22/44 (Editora Revista dos Tribunais) sob o título “Imunidades Condicionadas e Incondicionadas - Inteligência do art. 150, inc. VI e § 4º e art. 195, § 7º, da Constituição Federal - Parecer”, assim esclarece, “expressis verbis”: “1º) Já comentei o § 4º do art. 150 da forma seguinte:

‘Parece-me que o § 4º elimina as dúvidas sobre as atividades econômicas de entidades imunes, que não gozam de tal benefício sempre que seus concorrentes estejam sujeitos à imposição tributária. O parágrafo anterior cuidava das mesmas restrições em relação à iniciativa econômica pública no concernente à exploração de atividades remuneradas por preço público ou privado.

A exceção que não beneficia o Estado, à nitidez, teria que ser estendida à iniciativa privada, a fim de que concorrência desleal não se criasse.

A redação, todavia, mantém reticências indesejáveis.

De rigor, qualquer das entidades imunes que explore variado tipo de atividade econômica, apenas o faz objetivando obter recursos para suas atividades essenciais.

O discurso do parágrafo anterior é mais incisivo, contundente e jurídico, o regime jurídico do serviço prestado é aquele que oferta, ou não, imunidade à entidade beneficente. A preocupação de não permitir concorrência desleal ou privilégios na exploração das atividades econômicas levou o constituinte a veicular um discurso mais claro e preciso no concernente aos próprios poderes tributantes ou sua administração autárquica

e empresarial.

O § 4º, todavia, ao falar em atividades relacionadas, poderá ensejar a interpretação de que todas elas são relacionadas, na medida em que destinadas a obter receitas para a consecução das atividades essenciais.

Como na antiga ordem, considero não ser esta a interpretação melhor, na medida em que poderia ensejar concorrência desleal proibida pelo art. 173, § 4º, da CF/1998.

Com efeito, se uma entidade imune explorasse atividade pertinente apenas ao setor privado, não houvesse a barreira e ela teria condições de dominar mercados e eliminar a concorrência ou pelo menos obter lucros arbitrários, na medida em que adotasse idênticos preços de concorrência, mas livre de impostos. Ora, o texto constitucional atual objetivou, na minha opinião, eliminar, definitivamente, tal possibilidade, sendo que a junção do princípio estatuído nos arts. 173, § 4º, e 150, § 4º, da CF/1988 impõe a exegese de que as atividades, mesmo que relacionadas indiretamente com aquelas essenciais das entidades imunes enunciadas no art. 150, VI, ‘b’ e ‘c’, da CF/1988 se forem idênticas ou análogas às de outras empresas privadas, não gozariam de proteção imunitória.

Exemplificando. Uma entidade imune tem um imóvel e o aluga. Tal locação não constitui atividade econômica desrelacionada de seu objetivo nem fere o mercado ou representa uma concorrência desleal. Tal locação do imóvel não atrai, pois, a incidência do IPTU, ou goza a entidade de imunidade para não pagar imposto de renda.

A mesma entidade, todavia, para obter recursos para suas finalidades decide montar uma fábrica de sapatos, porque o mercado da região está sendo explorado por outras fábricas de fins lucrativos, com sucesso. Nesta hipótese, a nova atividade, embora indiretamente referenciada, não é imune, porque poderia ensejar a dominação de mercados ou eliminação de concorrência sobre gerar

lucros não tributáveis exagerados se comparados com os de seu concorrente’.”

Na mesma linha, sobre a interpretação das regras de imunidade, o preclaro doutrinador ARI TIMÓTEO DOS REIS JÚNIOR, em irrefutável texto “A imunidade subjetiva do contribuinte de fato: uma análise da chamada interpretação econômica do Direito Tributário”, publicado na Revista Tributária 80/9 (Editora RT), é incisivo, *verbis*:

“Neste sentido, as normas imunizantes devem ser interpretadas, em princípio, nem estrita, nem extensivamente ou literalmente, mas em conjunto com todo o ordenamento jurídico. Ou seja, não podemos chegar a conclusão de que deve prevalecer este ou aquele critério, devemos ter em vista o ordenamento jurídico positivo como um todo, se o caso analisado, não se revelar, como no caso da imunidade recíproca entre os entes federados, a interpretação há de ser extensiva. Se, por outro giro, o vetor capacidade econômica encontrar reforço de outros princípios, tais como PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA no desempenho de atividades econômicas, a interpretação há de ser restritiva, sempre com vistas ao princípio da unidade da constituição.”

MARIA CRISTINA NEUBERN DE FARIA, na mesma linha, é taxativa no artigo “A Interpretação das Normas de Imunidade - Conteúdo e Alcance”, publicado na Revista Tributária 36/116, *verbis*:

“Tanto assim é que, por outro lado, qualquer atividade extravagante exercida pelas entidades imunes - inclusas também as contempladas com a imunidade recíproca indicativas de função empresarial ou econômica, para não se ferir a isonomia de tratamento tributário, devem se sujeitar à exação.”

DANIELE RUSSI CAMPOS, em seu texto “Imunidade Tributária das Entidades Fechadas de Previdência Privada”, também publicada na Revista Tributária 46/105 (ed. RT), é firme em ressaltar, *verbis*:

“Ainda no que tange ao art. 150, VI, c, da CF/1988 discute, também, a doutrina, como deve ser interpretada a expressão ‘rendas relacionadas com as finalidades essenciais’”.

A Constituição de 1988, ao delimitar a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativamente às entidades referidas no art. 150, VI, c, da CF/1988 adotou o mesmo proceder no que concerne às atividades desenvolvidas pelas instituições ali elencadas, desde que estejam elas relacionadas, de modo direto, com as finalidades de cada qual.

É que a imunidade, como referido outora, em que pese ser subjetiva, também se volta, ainda que de forma mediata, para os bens, fatos ou situações próprias de tais pessoas jurídicas, como é o caso das rendas auferidas pelas entidades referidas no art. 150, VI, c, da CF/1988. *Assim, as entidades assistenciais, ao exercerem funções essenciais do Estado, em parceria com este, desde que apliquem as rendas percebidas no cumprimento dos seus objetivos institucionais, é o que basta para terem direito à imunidade tributária.*

A restrição ao uso da imunidade concerne a utilização desta, pelas entidades referidas no art. 150, VI, c, da CF/88, como forma de competir na atividade econômica, de forma desleal. É que o Texto Magno, ao prever a imunidade das entidades referidas no art. 150, VI, c, da CF/1988 e, também, do patrimônio, da renda e dos serviços relacionados com as atividades essenciais, não deixou de ter em mira que a extrapolação do uso de tal benefício poderia levar a inutilidade do princípio da livre concorrência.

Com efeito, relativamente à expressão “rendas relacionadas às finalidades essenciais”, entendemos que a mesma concerne a todos os rendimentos auferidos pelas entidades do art. 150, VI, c, da CF/1988, desde que, é claro, sejam eles destinados às finalidades essenciais da pessoa imune.

Relativamente a esta questão, a Suprema Corte “quer com relação à EC 1/69, quer com referência à Constituição de 1988 (assim, nos Recursos Extraordinários 115.096, 134.573 e 164.162), tem entendido que a entidade de assistência social não é imune à incidência do ICM ou do ICMS na venda de bens fabricados por ela, porque esse tributo, por repercutir economicamente no consumidor e não no contribuinte de direito, não atinge o patrimônio, nem desfalca as rendas nem reduz a eficácia dos serviços dessas entidades”.

Da leitura de todos esses excertos doutrinários, bem se conclui que, na interpretação das normas constitucionais de imunidade, forçoso levar-se em conta os demais princípios e normas com assento da Constituição, merecendo destaque, dentre outros, os Princípios da Livre Concorrência e o da Isonomia Tributária, para evitar-se que, no gozo de um benefício constitucional criado em função de elevados valores agasalhados pelo contribuinte, as entidades beneficentes, exercendo atividades econômicas e EM CONCORRÊNCIA DESLEAL, causem irremediável dano aos demais agentes econômicos, que, sem tal privilégio, restariam em situação claramente desvantajosa.

Portanto, longe de qualquer eiva de inconstitucionalidade, o dispositivo em foco homenageia a imunidade constitucional das entidades beneficentes de assistência social, ao mesmo tempo que, obediente aos demais Princípios Constitucionais (Universalidade do Financiamento da Seguridade Social, Livre Concorrência, Isonomia Tributária e seus consectários da Universalidade e Generalidade da Tributação), estabelece as necessárias balizas, de forma a evitar-se que o benefício constitucional concedido a entidades essenciais ao desempenho da assistência social, secundando o Estado, seja desnaturado pela invasão ao campo de atividades econômicas cometidas à livre iniciativa, de forma a gerar desequilíbrios em vista

de privilégios fiscais não extensivos aos demais agentes econômicos.

É notória a irrefutável a conclusão de que o constituinte não desejou passar um “cheque em branco” a essas entidades, bem como não permitiu que nem mesmo entes revestidos de personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas) gozassem de uma imunidade sem limites, invadindo atividades econômicas relegadas à iniciativa privada, em SITUAÇÃO ANTI-ISONÔMICA DE PRIVILÉGIO.

Deveras, nem o argumento da reversão das receitas obtidas através dessas atividades econômicas - alheias às finalidades essenciais - aos fins colimados pela entidade, é suficiente a escoimar de inconstitucionalidade tal exegese abonadora de situações anti-isonômicas, porque, além da imperiosa necessidade prática de evitar-se a fraude e o abuso, **HÁ OUTROS PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS** também de aplicação cogente e que não podem ser afastados por uma interpretação inteiramente isolada e de viés absolutizante de uma única regra, cujo teor, aliás, expressamente prevê e permite limitações a serem feitas pelo legislador ordinário. De fato, não se pode permitir - sob pena de solapamento de todo o arcabouço constitucional - que, na interpretação de determinada regra constitucional, sejam os demais princípios e normas do Texto Supremo inteiramente desconsiderados. Tanto, aliás, não o permite sólidos princípios de interpretação constitucional, mormente os Princípios da Unidade da Constituição e o da Concordância Prática ou da Harmonização.

A respeito, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *verbis*:

“5.5.1. Princípio da unidade da Constituição

Segundo essa regra de interpretação, *as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constitui-*

ção. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, *até porque - lembre-se o círculo hermenêutico - o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.*

... omissis ...

5.5.2. Princípio da concordância prática ou da harmonização

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática, consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, *adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *In* “Curso de Direito Constitucional”, 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, pp. 135/136) (destacou-se)

Efetivamente, entender-se como inconstitucional a regra do art. 14, X, da MP 2.158-35/2001 é, em descompasso com as mais comzeinhas regras de hermenêutica constitucional, NEGAR A EXISTÊNCIA E A VIGÊNCIA DE OUTROS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS, ora também perfeitamente aplicáveis, mormente, conforme já enumerado, os Princípios da Universalidade do Financiamento da Seguridade Social (CR, art. 195, “caput”), da Livre Concorrência (CR, art. 170, IV), da Isonomia Tributária (CF, art. 150, II) e seus princípios consectários: universalidade e generalidade da tributação.

“Ex positis”, REQUER O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO da presente arguição de inconstitucionalidade, para que, ao final, seja proclamada a TOTAL CONSTITUCIONALIDADE do art. 14, X, da MP nº 2.158-35/2001.

Remetidos os autos ao Ministério Público Federal, este opinou, em síntese, pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, por vício formal e material frente à norma constitucional inserida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal.

A presente arguição comporta admissibilidade, pois cabe apenas ao Órgão Especial da Corte apreciar, incidentalmente, tal espécie de impugnação, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e artigo 481 do Código de Processo Civil.

Mesmo não havendo precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca de tal questão constitucional, devem ser observadas as seguintes considerações sobre a matéria.

O artigo 195, § 7º, da Constituição Federal disciplina a imunidade das entidades beneficentes em relação às contribuições para a seguridade social.

Embora a Constituição tenha aplicado o termo “isentas” no citado artigo, trata-se efetivamente de norma imunizatória, mas para estar acobertada pela imunidade, a instituição deve obedecer as exigências contidas nos ditames legais.

Assim, mesmo que seja denominada “beneficente” uma determinada entidade, a imunidade dependerá de sua efetiva caracterização como tal, quer dizer, deverá preencher os requisitos legais para o enquadramento da entidade como beneficente de assistência social.

O inciso X, do art. 14, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, possibilitou a isenção da Cofins tão somente às receitas relativas às atividades “próprias” das entidades, limitando a aplicação do benefício fiscal, concluindo que as atividades “não próprias” não são alcançadas pela imunidade, restrição esta que a Lei Maior não estabeleceu.

Tal norma legal, revogou o disposto no inciso III, do artigo 6º da LC nº 70/91, que dispõe que as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas na lei, são isentas da contribuição da Cofins.

Esta revogação não ocorreu em relação aos requisitos a serem preenchidos pelas entidades beneficentes para o gozo do benefício, mas tão somente no que se refere ao tipo de receita para fins de definição da isenção, pois, a LC nº 70/91 conferiu a isenção a todas as receitas da entidade beneficente de assistência social, sem fazer distinção entre atividades “próprias” e “impróprias ou não próprias”, repetindo ditame do Texto Maior.

Portanto a legislação aqui tratada extrapolou os limites impostos pelo artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, o qual não delegou à lei a definição do conteúdo material do benefício, isto é, o tipo de receita a ser excluída da tributação, mas delegou à lei somente a fixação dos requisitos a serem cumpridos, para fins de enquadramento das entidades como sendo “beneficentes de assistência social”.

Assim, mesmo que se trate de valores decorrentes de operações “impróprias” ou “não próprias”, não há como impor o recolhimento da contribuição, uma vez que, como já dito, a Constituição atribuiu à regulamentação legal o próprio enquadramento no conceito de entidade beneficente, mas não as atividades ou operações que poderiam ou não vir a ser tributadas.

Ora, as alterações impostas pelo art. 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, levam à sua inconstitucionalidade, pois mais que regulamentar, limitam o alcance da imunidade constitucional, vez que não seria lícito à medida provisória se sobrepor à imunidade constitucional para não reconhecê-la, ao conceder isenção para as receitas de “operações próprias” e, por outro lado, impor a tributação das receitas decorrentes de operações “não próprias”, entendidas estas últimas, como aquelas que não possuem caráter contraprestacional direto, mas que provêm de atividades que não se encontram diretamente relacionadas às suas atividades essenciais.

Ao declarar de forma ampla a imunidade, o constituinte pretendeu que qualquer receita, “própria ou imprópria”, quando auferida pela entidade beneficente de assistência

social, estaria vinculada à atividade-fim protegida, mesmo porque o artigo 195, § 7º não fez tal distinção, mas, repito, tão somente limitou a obtenção da imunidade em relação apenas aos requisitos para enquadrar a entidade como beneficente de assistência social, determinados por lei.

Assim, conclui-se que, havendo norma constitucional que estabelece imunidade para as entidades beneficentes, lei infraconstitucional não pode limitar tal benefício, como o fez o dispositivo legal em discussão.

Portanto, é de se ressaltar, mesmo que se admita que o texto constitucional que garante a imunidade, tenha outorgado ao legislador infraconstitucional a competência para estabelecer critérios que possam regular o exercício da imunidade, não foi outorgada a possibilidade de este restringir uma limitação ao poder de tributar, como ocorreu no inciso X, do artigo 14, da MP nº 2.158-35/01, o qual delimitou a extensão da imunidade apenas às receitas provenientes das atividades próprias da entidade.

Vale transcrever parte da manifestação do Ministério Público Federal (fls. 317/324), que com muita clareza assim explicitou:

...

A referência do inciso X do artigo 14 às receitas relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o artigo 13, como requisito para o benefício da imunidade, ultrapassa o limite semântico e teleológico da norma constitucional do § 7º do artigo 195.

Como anteriormente dito, a imunidade tem uma razão de ser, não tendo sido estipulada de forma infundada. Ela não foi permitida para que fosse concedida parcialmente, distinguindo receitas em que se têm a incidência tributária e as que são imunes. Simplesmente o campo de não-incidência das contribuições sociais de seguridade social é delimitado pela atividade-fim das entidades, que devem ser, de forma beneficente, destinadas à assistência social.

Assim, as exigências legais devem estar em estreita sintonia com a finalidade da atividade, não se podendo desvincular os meios operacionais das finalidades a serem perseguidas.

Nesse sentido, a “divisão” da imunidade, incidindo esta apenas em relação às receitas referentes às atividades próprias da empresa não atende ao escopo constitucional.

...

Deve-se, portanto, salientar que as entidades qualificadas como beneficentes de assistência social, por definição, não buscam em suas atividades o interesse particular, é dizer, não têm fins lucrativos; ao contrário, destinam-se a consecução do interesse reconhecida-mente público, que, em última instância, tendem à concretização dos objetivos fundamentais da República do Brasil, tal como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I e III, da CF).

Sob esta perspectiva, a isonomia estaria quebrada caso tais entidades fossem tributadas em nome de atividades estatais na ordem social. Isso porque seu patrimônio estaria sendo afetado, ou melhor, fração dele estaria sendo retirada para custear atividade na ordem social precisamente à qual se destina como razão de sua constituição.

A exigência, da natureza mesma de tais entidades, de não visarem ao lucro, isto é, por meio da atividade que exercem não terem a finalidade de aumento patrimonial, mas terem por objetivo assistirem às pessoas que de seus serviços necessitem, mormente os hipossuficientes, torna inviável a cobrança de contribuição social, “in casu”, a COFINS. Sendo a COFINS a contribuição para o financiamento da seguridade social, e esta o conjunto de ações integradas de iniciativas do Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF), o exercício de atividade por agentes da

própria sociedade civil nesse campo afasta a possibilidade de prestação pecuniária compulsória ao Estado, para o custeio de atividades no referido ramo. Isso porque a contribuição tem por finalidade retirar fração do patrimônio do particular, destinado à satisfação das necessidades particulares, para que seja ele direcionado a satisfação dos interesses públicos; sendo assim, as entidades beneficentes de assistência social já se destinam a essa incumbência; não são entes destinados à satisfação de interesses particulares, sendo, com efeito, parceiras do Estado no desempenho de serviços de interesse social:

...

Dessa forma, diante de uma noção constitucional sobre a entidade beneficente de assistência social, assentada sobretudo no artigo 203 da Carta Política, a restrição da imunidade feita pelo artigo 14, X, da MP nº 2.158-35/2001 é conflitante com o sentido normativo do artigo 195, § 7º, da CF. Trata-se de interpretação sistemática do texto constitucional, não se podendo interpretar a imunidade prevista no artigo 195, § 7º, isoladamente.

É de se observar ainda que os recursos advindos de atividades consideradas como não próprias da entidade não influem na delimitação semântica pretendida pelo texto constitucional; ao contrário, como argutamente observou o relator Moreira Alves, acima citado, tais recursos operacionalizam a consecução dos fins da entidade, que deixa de depender de doações para a realização de seu escopo.

A imunidade é concedida às entidades beneficentes de assistência social, assim reconhecidas juridicamente, não estando à disposição do legislador. Isso quer dizer que não há competência legislativa que possa restringir ou afastar o campo de não-incidência da norma imunizadora. Simplesmente não se pode cogitar tributar entidade que assim se caracterize, por faltar competência ao legislador infraconstitucional.

Logo, a imunidade restringida, por le-

gislação infraconstitucional, às receitas das atividades próprias da entidade afronta o preceito constitucional, descharacterizando o conceito e o instituto da imunidade.

...

São essas as razões por que a norma compreendida no artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 1.258-35/01 deve ser declarada inconstitucional por esse E. Tribunal Regional Federal, dando efetiva aplicação à norma constitucional enunciada no § 7º do artigo 195 da Constituição da República.

Concluindo, ao dizer serem “isentas” da COFINS as receitas relativas às atividades próprias das entidades beneficentes de assistência social, o disposto (art. 14, X, Medida Provisória nº 1.258-35/01) determinou, a “contrario sensu”, a incidência da COFINS sobre a receita proveniente de todas as demais atividades por elas exercidas.

Resta evidente, portanto, que o art. 14, inc. X da Medida Provisória nº 1.258-35/01 está eivado de inconstitucionalidade, tendo em vista que pretendeu restringir a imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º da Carta Constitucional.

Sendo assim, tendo o legislador infraconstitucional restringido a vontade do constituinte, que estabeleceu o benefício fiscal, ora discutido, às entidades beneficentes de assistência social, e somente a elas, uma vez atendidas as exigências estabelecidas em lei, sem qualquer restrição com relação ao tipo de atividade por elas desenvolvida, mister se faz concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo legal ora apreciado.

Diante do exposto, julgo procedente a presente arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, frente à norma constitucional prevista no artigo 195, § 7º.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR: Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, em face do exposto no artigo 195, § 7º, da Lei Maior.

Iniciado o julgamento, a Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, julgou procedente a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, frente à norma constitucional prevista no artigo 195, § 7º.

Eminentes pares, pedi vista para analisar com maior precisão a matéria em discussão. São razões do meu voto:

A norma que ora se analisa a constitucionalidade é o inciso X do artigo 14 da MP nº 2.158-35, de 24.8.2001, reedição da MP nº 1.858-6, de 29.6.99, tornada permanente pela EC nº 32/2001, que revogou o dispositivo da LC nº 70/91, *in verbis*:

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

...

X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

Conforme IN SRF nº 247, de 2002, art. 47, § 2º, consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente àquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembléia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

A norma paradigma da arguição de inconstitucionalidade é o § 7º, do artigo 195, da Constituição Federal, *in verbis*:

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:

§ 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

O E. STF já se manifestou reiteradas vezes que o § 7º, do artigo 195, da Constituição Federal conferiu imunidade às entidades beneficentes de assistência social, desde que atendidos os requisitos definidos por lei.

Neste sentido, destaco o voto proferido no RMS 22192/DF, de Relatoria do Min. Celso de Mello:

Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, outorgou-se às entidades beneficentes de assistência social, em norma definidora de típica de imunidade, uma expressiva garantia de índole tributária em favor dessas instituições civis.

A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política - não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição social -, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei (ROQUE Antônio Carrazza, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 349 nota de rodapé nº 144, 5ª ed., 1993, Malheiros; JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, “Contribuições Sociais no Sistema Tributário”, p. 171-175, 1995, Malheiros; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário”, p. 41-42, item nº 22, 4ª ed., 1992, Forense; WAGNER BALERA, “Seguridade Social na Constituição de 1988”, p. 71, 1989, RT, v.g.).

Convém salientar que esse magistério doutrinário reflete-se na própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já identificou,

na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política, a existência de uma típica garantia estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social (RTJ 137/965, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

O fato irrecusável é que a norma constitucional em questão, em tema de tributação concernente às contribuições destinadas à seguridade social, revestiu-se de eficácia subordinante de toda atividade estatal, vinculando não só os atos de produção normativa, mas também *condicionando as próprias deliberações administrativas do Poder Público, em ordem a pré-excluir a possibilidade de imposição estatal dessa particular modalidade de exação tributária.* (grifei)

Esse privilégio de ordem constitucional justifica-se, plenamente, pelo elevado interesse de natureza pública que qualifica os relevantes serviços prestados à coletividade pelas entidades beneficentes de assistência social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 4/54, 1995, Saraiva)

A análise da norma inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição permite concluir que a garantia constitucional da imunidade permite à contribuição para a seguridade social só pode sofrer limitações normativas, quando definidas estas em sede legal, como requisitos necessários ao gozo da especial prerrogativa de caráter jurídico-financeiro em questão.

Destaque-se, sobre o tema os seguintes arestos:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - QUOTA PATRONAL - ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS - IMUNIDADE (CF, ART. 195, § 7º) - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social - e por também atender, de modo

integral, as exigências estabelecidas em lei - tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social. - A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política - não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social -, contemplou as entidades beneficentes de assistência social, com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. *A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.* Precedente: RTJ 137/965. - Tratando-se de imunidade - que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional -, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em Referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo. (STF, RMS 22192/DF, Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 28/11/1995)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. DIREITO ADQUIRIDO. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. I - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que não existe direito adquirido à manutenção de regime jurídico de imunidade tributária. Precedentes. II - *A Constituição Federal*

de 1988, no seu art. 195, § 7º, conferiu imunidade às entidades beneficentes de assistência social em relação às contribuições para a Seguridade Social, desde que atendidos os requisitos definidos por lei. III - A decisão judicial invocada pela agravante somente garantiu que a renovação do CEBAS fosse apreciada à luz da legislação então vigente e o Ministro de Estado da Previdência Social, ao efetuar essa análise, entendeu que os requisitos não foram preenchidos. Afastar essa conclusão demandaria o reexame do conjunto probatório, que se mostra inviável nesta via. IV - Agravo regimental desprovido. (STF, RMS 27977 AgR/DF, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 10/05/2011)

EMENTA Seguridade social. Contribuições sociais. Entidade beneficente de educação. Imunidade tributária. 1. *As entidades que prestam assistência social no campo da educação gozam da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da CF/88.* 2. *Precedentes desta Corte.* 3. Agravo regimental não provido. (STF, RE 491538 AgR/SC, Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 23/03/2011)

Do exposto, conclui-se que art. 195, § 7º, conferiu imunidade às entidades beneficentes de assistência social, sendo que a Constituição da República autorizou fossem estabelecidas em lei exigências a serem cumpridas pelas entidades beneficentes de assistência social a fim de fazerem jus à imunidade prevista.

Assim, “as exigências” dizem respeito aos requisitos para reconhecimento da condição de entidade beneficente de assistência social e não ao objeto da imunidade - no caso as contribuições sociais.

Neste ponto foi editada a Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, instituindo o Plano de Custeio, que fixou as contribuições a cargo das empresas (art. 22 e 23) bem como fixou os requisitos legais que as entidades beneficentes

de assistência social para o gozo da “isenção”, em seu artigo 55 (hoje revogado pela Lei nº 12.101/09).

Com efeito, como a imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita, acompanho o bem lançado voto da relatora, para declarar a inconstitucionalidade do inciso X, do artigo 14, da MP nº 2.158-35/2001, no que atinge as entidades de assistência social.

Ante o exposto, acompanho a Relatora, julgando procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, ante a imunidade prevista no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal, em relação às entidades de assistência social.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR

“(...) o Supremo Tribunal Federal ainda não resolveu definitivamente tal questão, além de haver considerado, em mais de uma oportunidade, relevante a tese de que a lei complementar pode dispor sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, a fim de definir as receitas protegidas pela imunidade.”

(Clécio Braschi)

“Toda instituição de assistência social, que atende aos pobres, necessitados, miseráveis, carentes e excluídos da sociedade, visando a proteção do mínimo vital prestigiado pela Constituição, é imune a contribuição social - COFINS - para a manutenção de suas atividades.”

(Eliane Aparecida Dorico)

“(...) foi restabelecida a ordem das coisas, preservando-se a imunidade tributária assegurada pelo texto magno às entidades beneficentes de assistência social (...), independente da natureza das receitas que são por elas auferidas.”

(Mário Spalding)

“(...) uma vez que não existem palavras inúteis no Texto Constitucional, reforça-se a ideia de que, da mesma forma que o Constituinte limitou a imunidade relativa a impostos, para as entidades beneficentes de assistência social, aos fatos geradores que reflitam sua atividade essencial, caso quisesse que tal critério fosse seguido pelas imunidades relativas às contribuições, teria feito constar referida ressalva.”

(Rosana Ferri)

“O legislador infraconstitucional jamais recebeu outorga do legislador constituinte para definir o conteúdo material da imunidade, tendo, com sua atividade legiferante, ultrapassado os contornos definidos pela norma constitucional e a consequência disso é a inconstitucionalidade.”

(Valdeci dos Santos)

Em destaque



Clécio Braschi

Juiz Federal da 8ª Vara Cível em São Paulo.

O Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região julgou procedente, por unanimidade, nos termos do voto retificado da Desembargadora Federal Relatora, Cecília Marcondes, a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005632-73.2004.4.03.6102/SP, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que tange às entidades de assistência social, por incompatibilidade desse dispositivo com o § 7º do artigo 195 da Constituição do Brasil. A ementa do acórdão é a seguinte:

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - COFINS - IMUNIDADE - ARTIGO 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91, ART. 6º, III - ISENÇÃO - ART. 14, X, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/01.

1. O artigo 195, § 7º, da Constituição Federal disciplina a imunidade das entidades beneficentes em relação às contribuições para a seguridade social.
2. Embora a Constituição tenha aplicado o termo “isentas” no citado artigo, trata-se efetivamente de norma imunizatória, mas para estar acobertada pela imunidade, a instituição deve obedecer as exigências contidas nos ditames legais.
3. Mesmo que seja denominada “beneficente” uma determinada entidade, a imunidade dependerá de sua efetiva caracterização como tal, quer dizer, deverá preencher os requisitos legais para o enquadramento da entidade como beneficente de assistência social.
4. O inciso X, do art. 14, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, possibilitou a isenção da COFINS tão somente às receitas relativas às atividades “próprias” das entidades, limitando a aplicação do benefício fiscal, concluindo que as atividades “não próprias” não são alcançadas pela imunidade, restrição esta que a Lei

Maior não estabeleceu.

5. Tal norma legal revogou o disposto no inciso III, do artigo 6º da LC nº 70/91, que dispõe que as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas na lei, são isentas da contribuição da COFINS.

6. Esta revogação não ocorreu em relação aos requisitos a serem preenchidos pelas entidades beneficentes para o gozo do benefício, mas tão somente no que se refere ao tipo de receita para fins de definição da isenção, pois, a LC nº 70/91 conferiu a isenção a todas as receitas da entidade beneficente de assistência social, sem fazer distinção entre atividades “próprias” e “impróprias ou não próprias”, repetindo ditame do Texto Maior.

7. A legislação aqui tratada extrapolou os limites impostos pelo artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, o qual não delegou à lei a definição do conteúdo material do benefício, isto é, o tipo de receita a ser excluída da tributação, mas delegou à lei somente a fixação dos requisitos a serem cumpridos, para fins de enquadramento das entidades como sendo “beneficentes de assistência social”.

8. Mesmo que se trate de valores decorrentes de operações “impróprias” ou “não próprias”, não há como impor o recolhimento da contribuição, uma vez que, como já dito, a Constituição atribuiu à regulamentação legal o próprio enquadramento no conceito de entidade beneficente, mas não as atividades ou operações que poderiam ou não vir a ser tributadas.

9. As alterações impostas pelo art. 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/01, levam à sua inconstitucionalidade, pois mais que regulamentar, limitam o alcance da imunidade constitucional, vez que não seria lícito à medida provisória se sobrepor à imunidade constitucional para não reconhecê-la, ao conceder isenção para as receitas de “operações próprias” e, por outro lado, impor a tributação das receitas decorrentes de operações “não

próprias”, entendidas estas últimas, como aquelas que não possuem caráter contraprestacional direto, mas que provêm de atividades que não se encontram diretamente relacionadas às suas atividades essenciais.

10. Ao declarar de forma ampla a imunidade, o constituinte pretendeu que qualquer receita, “própria ou imprópria”, quando auferida pela entidade beneficente de assistência social, estaria vinculada à atividade-fim protegida, mesmo porque o artigo 195, § 7º não fez tal distinção, mas tão somente limitou a obtenção da imunidade em relação apenas aos requisitos para enquadrar a entidade como beneficente de assistência social, determinados por lei.

11. Havendo norma constitucional que estabelece imunidade para as entidades beneficentes, lei infraconstitucional não pode limitar tal benefício, como o fez o dispositivo legal em discussão.

12. Mesmo que se admita que o texto constitucional que garante a imunidade, tenha outorgado ao legislador infraconstitucional a competência para estabelecer critérios que possam regular o exercício da imunidade, não foi outorgada a possibilidade de este restringir uma limitação ao poder de tributar, como ocorreu no inciso X, do artigo 14, da MP nº 2.158-35/01, o qual delimitou a extensão da imunidade apenas às receitas provenientes das atividades próprias da entidade.

13. Tendo o legislador infraconstitucional restringido a vontade do constituinte, que estabeleceu o benefício fiscal, ora discutido, às entidades beneficentes de assistência social, e somente a elas, uma vez atendidas as exigências estabelecidas em lei, sem qualquer restrição com relação ao tipo de atividade por elas desenvolvida, mister se faz concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo legal ora apreciado.

14. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-

35/2001, no que tange às entidades de assistência social, frente à norma constitucional prevista no artigo 195, § 7º.

Muitos aspectos merecem ser destacados nesse julgamento. O primeiro: o Tribunal Regional Federal da Terceira Região explicitou a interpretação de que o § 7º do artigo 195 da Constituição do Brasil, ao dispor que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”, apesar de utilizar a palavra “isentas”, está a garantir a imunidade tributária para tais entidades, sem nenhuma possibilidade de limitação por normas infraconstitucionais quanto ao tipo de receita imune.

Essa interpretação vai ao encontro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem afirmado:

A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social –, contemplou as entidades beneficentes de assistência social, com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

(STF, RMS 22.192/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, j. 28/11/1995, DJ 19/12/1996)

O segundo aspecto que merece ser frisado: o Tribunal Regional Federal da Terceira Região declarou a *inconstitucionalidade material* do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que tange às entidades de assistência social, por incompatibilidade desse dispositivo com o § 7º do artigo 195 da Constituição do Brasil.

O Tribunal não considerou necessária a resolução da eventual *inconstitucionalidade formal* dessa medida provisória. Em outras palavras: considerou irrelevante a questão consistente em saber se a *lei complementar poderia dispor sobre o tipo de receita imune*.

Isso por entender que o § 7º do artigo 195 da Constituição não delegou à lei (não

“O Tribunal (...) considerou irrelevante a questão consistente em saber se a lei complementar poderia dispor sobre o tipo de receita imune.”

importa se ordinária ou complementar) a definição do conteúdo material da imunidade, isto é, o tipo de receita que pode ser excluída da tributação, mas permitiu à

lei dispor apenas sobre os requisitos exigidos para o enquadramento das entidades na qualidade de instituições beneficentes de assistência social.

Cabe destacar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal ainda não resolveu definitivamente tal questão, além de haver considerado, em mais de uma oportunidade, relevante a tese de que a *lei complementar pode dispor sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, a fim de definir as receitas protegidas pela imunidade* prevista na alínea c do inciso VI do artigo 150 (quanto aos impostos) e no § 7º do artigo 195 da Constituição (quanto às contribuições para a seguridade social).

Ao interpretar dispositivos da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, para efeito do disposto no artigo 150, VI, c, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, segundo entendimento firmado pelo seu Plenário, no julgamento da ADInMC 1.802/DF, em 27/8/1998, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, considerou juridicamente relevante, para fins de concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, o entendimento de que cabe à lei ordinária definir “as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune”, voltadas a obviar que ‘falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade’, em fraude

à Constituição”, ficando reservada à lei complementar a matéria que diga respeito “aos lindes da imunidade”, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar – o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, a sua relação ‘com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas’” (excertos extraídos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence). O acórdão recebeu esta ementa:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros.
II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida.

1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.

2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parág. único do art. 13; ao contrário,

é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, *caput*, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada.

3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida – como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, *caput*, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta.

(STF, ADInMC 1.802/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 27/8/1998, DJ 13/02/2004)

Ainda não houve o julgamento do mérito da ADI 1.802/DF, em que as normas impugnadas dizem respeito exclusivamente à imunidade prevista no artigo 150, VI, c, da Constituição Federal, isto é, a imunidade quanto aos impostos, no caso específico, ao imposto de renda sobre rendimentos das entidades beneficentes de assistência social.

No mesmo sentido, em sua composição atual, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento cujo objeto eram normas da mesma Lei nº 9.532/1997, relativas à imunidade de receitas financeiras à incidência do imposto de renda de instituição beneficente de assistência social, reafirmou a *inconstitucionalidade formal* da norma, por “ofensa ao art. 146, II, da Constituição Federal, que determina competir à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIO-

NAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DECIDIDOS MONOCRATICAMENTE. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. INSTÂNCIA RECURSAL NÃO ESGOTADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 281/STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O agravo é inadmissível quando interposto contra decisão suscetível de impugnação na via recursal ordinária. O esgotamento da instância é condição de acesso à via do apelo extremo. Precedentes: AI 670.775-AgR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe 17.4.2009 e AI 713.039-AgR-ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe 25.9.2009.

2. Deveras, não foi interposto o agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática proferida nos embargos de declaração.

3. Incidência da Súmula nº 281/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA INSTITUIÇÃO DEDICADA À ASSISTÊNCIA SOCIAL - ARTIGO 150, VI, C DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 14 DO CTN Nº 9.532/1997 - EXCLUSÃO DA IMUNIDADE DOS RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL AUFERIDOS EM APLICAÇÕES FINANCEIRAS - VIGÊNCIA SUSPensa. 1. A Constituição Federal assegura imunidade tributária às instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, no que se refere à instituição de impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda ou serviços relacionados às suas finalidades essenciais, desde que sejam cumpridos os requisitos contidos no art. 14 do CTN. 2. O parágrafo 4º do artigo 150 da Constituição, ao determinar que a imunidade concerne apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com suas finalidades essenciais, não

exclui os rendimentos decorrentes das aplicações financeiras que são vertidos aos objetivos da própria entidade, como ocorre com a renda auferida a partir das suas atividades assistenciais, ou mesmo da comercialização de seus bens. 3. A imunidade não é restrita apenas à renda decorrente do objeto social da entidade, mas sim toda aquela auferida de forma regular visando resguardar o seu patrimônio dos efeitos corrosivos da inflação, como ocorre com as aplicações financeiras. 4. O art. 12, § 1º da Lei nº 9.532/97, lei ordinária, excluiu da imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável. 5. Ofensa ao art. 146, II, da Constituição Federal, que determina competir à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. 6. A imposição tributária também estaria tributando o patrimônio da entidade, o que é vedado pela Constituição Federal, porquanto as aplicações financeiras não têm a finalidade de auferir lucros, mas sim de resguardar o patrimônio dos efeitos corrosivos da inflação. 7. O dispositivo teve sua vigência suspensa por força de decisão proferida em Medida Cautelar na ADIN nº 1802”.

5. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STF, AI AgR 740563/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02/04/2013, DJe 24/4/2013)

É certo, conforme já frisado, que tais julgamentos têm como questão constitucional a possibilidade de a lei complementar delimitar o objeto material da vedação constitucional de tributar quanto aos impostos (imposto de renda sobre receitas financeiras auferidas por entidade de assistência social).

Mas no julgamento do RE 428815-AgR a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal conferiu o mesmo sentido ao § 7º do artigo 195 da Constituição, ainda que este dispositivo aluda somente à “lei”, sem exigir,

expressamente, lei complementar, o que, em princípio, na jurisprudência do Supremo afastaria a necessidade de lei complementar.

Com efeito, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição remete à lei ordinária apenas “as normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune”, mas que há reserva “de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito ‘aos lindes da imunidade’, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar”, conforme destacado na seguinte ementa desse julgamento:

“(...) seria possível excluir desse benefício receita obtida por entidade imune no exercício de atividade econômica empresarial?”

I. Imunidade tributária: entidade filantrópica: CF, arts. 146, II e 195, § 7º: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária (ADI-MC 1802, 27.8.1998, Pertence, DJ 13.2.2004; RE 93.770, 17.3.81, Soares Muñoz, RTJ 102/304). A Constituição reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito “aos lindes da imunidade”, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar; mas remete à lei ordinária “as normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune”.

II. Imunidade tributária: entidade declarada de fins filantrópicos e de utilidade pública: Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos: exigência de renovação periódica (L. 8.212, de 1991, art. 55). Sendo o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos mero reconhecimento, pelo Poder Público, do preenchimento das condições de constituição e funcionamento, que devem ser atendidas para que a entidade receba o benefício constitucional, não ofende os arts. 146, II, e 195, § 7º, da Constituição Federal a exigência de emissão e renovação

periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91.

(STF, RE AgR 428815, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 07/6/2005, DJ 24/6/2005)

Ainda que o Tribunal Regional Federal da Terceira Região, no julgamento da citada arguição de inconstitucionalidade, tenha en-

tendido que o § 7º do artigo 195 da Constituição não delegou à lei (não interessa se ordinária ou complementar) nenhuma competência para definir o conteúdo

material do benefício, isto é, o tipo de receita a ser excluída da tributação, mas apenas os requisitos para o enquadramento das entidades como sendo beneficentes de assistência social, *o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado que a lei complementar pode demarcar o objeto material da vedação constitucional de tributar.*

Tal demarcação por lei complementar – também já sinalizou o Supremo Tribunal Federal, ainda que em juízo apenas cautelar na ADI 2028, Relator Ministro Moreira Alves, sobre normas da Lei nº 9.732/1998 (que criou novos requisitos para o gozo da imunidade quanto às contribuições sociais previstas nos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.212/1991) – tem limites, que não permitem o esvaziamento da imunidade. Nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal considerou relevante o fundamento da *inconstitucionalidade material* (não poderia a limitação da imunidade ser feita sequer por lei complementar), se os requisitos estabelecidos em lei desvirtuarem o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social e limitarem a extensão da imunidade:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e

acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

– Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social – e que é admitido pela Constituição – é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna.

– De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a “lei” para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar.

– No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária.

– É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei” sem qualificá-la como complementar – e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, “c”, da Carta Magna –, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II (“Cabe à lei complementar: II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa.

– A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância,

embora, no caso, se acolhida, e, em consequência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência.

– Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária – a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral –, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito.

– Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei”, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia

legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada.

– É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados – o que não poderia ser feito sequer por lei complementar – estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do “periculum in mora”. Referendou-se o despacho que concedeu a liminar, na ADIN 2028, para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados.

(STF, ADI MC 2036/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Pleno, j. 11/11/1999, DJ 16/6/2000)

As normas cujos efeitos foram suspensos cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2028, Relator Ministro Moreira Alves – artigo 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei nº 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998 – dizem respeito às contribuições previdenciárias de que tratam os artigos 22 e 23 da Lei nº 8.212/1991.

O último aspecto a ser enfatizado sobre o julgamento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região é este: se o Supremo Tribunal Federal estabelecer, definitivamente, o entendimento de que a lei complementar, ao delimitar as limitações constitucionais ao poder de tributar, pode limitar a extensão da imunidade prevista no § 7º do artigo 195 da Constituição, para definir o tipo de receita imune, seria possível excluir desse benefício *receita obtida por entidade imune no exercício de atividade econômica empresarial*, motivando-se tal limitação nos princípios da universalidade do financiamento da seguridade social, igualdade e livre concorrência?

A União sustentou em sentido afirmativo, no julgamento da arguição de inconstitu-

cionalidade, conforme se extrai dos seguintes excertos de sua manifestação, transcritos no acórdão:

Deveras, o mencionado dispositivo tão-somente esclareceu que a imunidade à COFINS aplica-se, como não poderia deixar de ser, às receitas relativas às atividades desenvolvidas por essas entidades que gozam da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Lei Fundamental.

Tal imunidade tributária às contribuições destinadas à seguridade social – que deve ser lida, na sua contextura, de forma análoga àquela imunidade do art. 150, VI, “c” da CF, no tocante às naturais limitações previstas no § 4º desse mesmo art. 150 –, por óbvio, é informada por princípios e limites semelhantes a quaisquer outras imunidades, tendo-se presente que mesmo a imunidade recíproca cede passo à tributação quando os entes (v.g., autarquia ou fundações públicas) exerçam atividades econômicas, em prol seja dos Princípios da Universalidade e Generalidade da Tributação, conseqüências do Princípio da Isonomia Tributária, seja em prol do Princípio da Livre Concorrência.

Realmente, é sintomático que nem mesmo os entes administrativos – autarquias e fundações públicas – escapem à tributação quando exercem atividades econômicas (CF, art. 150, § 2º), não usufruindo da imunidade recíproca a que fazem jus – o que demonstra que as imunidades não estão alheias a limites, inclusive as ontológicas.

E tal ocorre porque o sistema agasalha, ao lado dos princípios e valores que inspiram a inserção de regras imunizantes, outros princípios e regras que corporificam ou positivam valores adotados pelo constituinte, como os que, concretizando a livre iniciativa, estatuem o Princípio da Livre Concorrência, de molde a se evitar práticas e privilégios que impeçam a salutar concorrência entre os agentes econômicos.

Forte no entendimento de que qualquer atividade extravagante que for indicativa

de uma função empresarial ou econômica deverá submeter-se ao regime tributário apropriado, para não se ferir a isonomia e os princípios da generalidade e universalidade da tributação, e na constatação que as atividades das entidades assistenciais não são ontologicamente desprovidas de interesse econômico e capacidade contributiva, AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, no artigo “A imunidade tributária e a não sujeição constitucional ao dever tributário” é categórico em afirmar: (...)

Da leitura de todos esses excertos doutrinários, bem se conclui que, na interpretação das normas constitucionais de imunidade, forçoso levar-se em conta os demais princípios e normas com assento da Constituição, merecendo destaque, dentre outros, os Princípios da Livre Concorrência e o da Isonomia Tributária, para evitar-se que, no gozo de um benefício constitucional criado em função de elevados valores agasalhados pelo contribuinte, as entidades beneficentes, exercendo atividades econômicas e EM CONCORRÊNCIA DESLEAL, causem irremediável dano aos demais agentes econômicos, que, sem tal privilégio, restariam em situação claramente desvantajosa.

Portanto, longe de qualquer eiva de inconstitucionalidade, o dispositivo em foco homenageia a imunidade constitucional das entidades beneficentes de assistência social, ao mesmo tempo que, obediente aos demais Princípios Constitucionais (Universalidade do Financiamento da Seguridade Social, Livre Concorrência, Isonomia Tributária e seus consectários da Universalidade e Generalidade da Tributação), estabelece as necessárias balizas, de forma a evitar-se que o benefício constitucional concedido a entidades essenciais ao desempenho da assistência social, secundando o Estado, seja desnaturado pela invasão ao campo de atividades econômicas cometidas à livre iniciativa, de forma a gerar desequilíbrios em vista de privilégios fiscais não extensivos aos

demais agentes econômicos.

É notória a irrefutável a conclusão de que o constituinte não desejou passar um “cheque em branco” a essas entidades, bem como não permitiu que nem mesmo entes revestidos de personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas) gozassem de uma imunidade sem limites, invadindo atividades econômicas relegadas à iniciativa privada, em SITUAÇÃO ANTI-ISONÔMICA DE PRIVILÉGIO.

Deveras, nem o argumento da reversão das receitas obtidas através dessas atividades econômicas – alheias às finalidades essenciais – aos fins colimados pela entidade, é suficiente a escoimar de inconstitucionalidade tal exegese abonadora de situações anti-isonômicas, porque, além da imperiosa necessidade prática de evitar-se a fraude e o abuso, HÁ OUTROS PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS também de aplicação cogente e que não podem ser afastados por uma interpretação inteiramente isolada e de viés absolutizante de uma única regra, cujo teor, aliás, expressamente prevê e permite limitações a serem feitas pelo legislador ordinário. De fato, não se pode permitir – sob pena de solapamento de todo o arcabouço constitucional – que, na interpretação de determinada regra constitucional, sejam os demais princípios e normas do Texto Supremo inteiramente desconsiderados. Tanto, aliás, não o permite sólidos princípios de interpretação constitucional, mormente os Princípios da Unidade da Constituição e o da Concordância Prática ou da Harmonização.

Com base nesses fundamentos expostos pela União, a pergunta que fica é a seguinte: a lei complementar poderia excluir da imunidade as receitas obtidas por entidade imune que, para financiar sua atuação na área de assistência social, passasse a exercer atividades econômicas empresariais?

Há muitas dificuldades para definir o conceito de receitas decorrentes de atividade próprias. O dispositivo declarado inconsti-

tucional pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/8/2001, dispõe que “em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas: (...) X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13”.

O artigo 13 dessa medida provisória se refere no inciso IV às “instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997”.

Não existe conceito legal de receitas oriundas de atividades próprias. A Receita Federal do Brasil, na Instrução Normativa nº 247/2002, artigo 47, § 2º, conferiu a seguinte interpretação acerca do conceito de receitas derivadas de atividades próprias:

Consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Segundo tal conceito, a Receita Federal do Brasil entende que as receitas decorrentes de contraprestações não se derivam das atividades próprias das entidades imunes ou isentas da COFINS.

Ocorre que as palavras “atividades próprias” não têm relação com as expressões “sem caráter contraprestacional direto”.

Dito de outro modo: não há como considerar que as palavras “atividades próprias” signifiquem atividades “sem caráter contraprestacional direto”.

A palavra “própria” significa “que pertence exclusivamente a alguém; que lhe é privativo” (Academia Brasileira de Letras, *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, Com-

panhia Editora Nacional, 2ª edição, 2008).

O fato de a receita ser obtida no exercício de atividade contraprestacional direta não lhe retira a qualidade de receita decorrente de atividade própria.

O que retira a qualidade de receita de atividade própria é ela (receita) decorrer de operações em conta alheia, como a intermediação de negócios ou representação de bens ou serviços de terceiros.

Portanto, a atividade própria contrapõe-se à atividade em conta alheia, e não ao caráter contraprestacional. Este é o primeiro problema do dispositivo legal em questão: além de não existir conceito legal de receitas derivadas de atividades próprias, o conceito elaborado pela Receita Federal do Brasil vai de encontro à tradição, que opõe receitas próprias às receitas em operações em conta alheia.

O segundo problema decorre da interpretação adotada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, ao representar a União no julgamento da citada arguição de inconstitucionalidade, acerca das receitas que não decorreriam de atividades próprias.

A interpretação adotada pela Procuradoria da Fazenda Nacional não é a que foi veiculada pela Receita Federal do Brasil, na Instrução Normativa nº 247/2002, artigo 47, § 2º. Segundo os excertos da manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional, acima transcritos, a União sustentou que as receitas não decorrentes de atividades próprias têm origem no exercício de atividade econômica empresarial. Tal afirmação está motivada no § 4º do artigo 150 da Constituição do Brasil, segundo o qual a imunidade compreende apenas o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades imunes, bem como nos princípios da solidariedade no financiamento da seguridade social, da igualdade e da livre concorrência.

Aplicada a interpretação da Receita Federal do Brasil, não seriam compreendi-

das pela imunidade as receitas obtidas, por exemplo, por entidade filantrópica que prestasse assistência médica gratuita a carentes, quando cobrasse dos não carentes pela prestação dos mesmos serviços. Tais receitas não seriam decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, nem recebidas de associados ou mantenedores, mas sim teriam caráter contraprestacional direto.

De outro lado, adotado o sentido atribuído pela Procuradoria da Fazenda Nacional às receitas oriundas de atividades próprias, as mes-

mas receitas obtidas por entidade filantrópica, na prestação de serviços médicos a não carentes, estariam protegidas pela imunidade, pois relacionadas com as finalidades essenciais da entidade imune, constituída, neste exemplo, para prestar serviços médicos a carentes, podendo cobrar tais serviços dos não carentes.

Mas, ainda sob a ótica da Procuradoria da Fazenda Nacional, se a mesma entidade imune, em vez de cobrar dos não carentes para financiar a prestação de assistência médica aos carentes, resolvesse produzir brinquedos para manter as atividades filantrópicas, as receitas da exploração empresarial dessa atividade econômica (produção de brinquedos) não seriam imunes à COFINS,

por força do § 4º do artigo 150 da Constituição do Brasil e dos princípios da universalidade do financiamento da seguridade social, da igualdade e da livre concorrência, também previstos na Constituição.

As dificuldades na definição do conceito de receitas decorrentes de atividades próprias ficaram sem resolução pela declaração de inconstitucionalidade material do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, uma

vez que, para tanto, não era necessária a resolução da inconstitucionalidade formal desse dispositivo.

“(...) a atividade própria contrapõe-se à atividade em conta alheia, e não ao caráter contraprestacional.”

Apesar desse importante julgamento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, ainda permanece aberta, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a resolução definitiva da questão consistente em saber se a lei complementar poderá limitar o tipo de receita protegida pela imunidade do § 7º do artigo 195 da Constituição do Brasil, especialmente em relação às receitas auferidas no exercício de atividade empresarial não relacionada com a finalidade essencial da entidade beneficente de assistência social. O Supremo Tribunal Federal tem sinalizado em sentido afirmativo. Resta aguardar o julgamento definitivo, pelo seu Plenário, das citadas ações diretas de inconstitucionalidade.



Eliane Aparecida Dorico

Especialista e mestranda em Direito Tributário pela PUC/SP. Advogada tributária em São Paulo/SP.

A Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0005632-73.2004.4.03.6102/SP, julgada em 29 de maio de 2013, pelo Órgão Especial do E. Tribunal Federal da 3ª Região, em votação unânime, merece elogios, e bem demonstrou a cultura e alto saber jurídico de seus integrantes, que fizeram Justiça e bem aplicaram os valores e princípios prestigiados pela Constituição Federal.

É incensurável o voto da ilustre Desembargadora Federal Cecília Marcondes, bem como o voto-vista do preclaro Desembargador Federal Nery Júnior.

Ambos refletem a melhor interpretação constitucional sobre imunidade das contribuições previdenciárias das entidades de assistência social. O voto-vista do Desembargador Federal Nery Júnior traz a posição dominante do Supremo Tribunal Federal.

Interessante observar, primeiramente, que a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 é anterior a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, e, assim, adquiriu, por força desta Emenda Constitucional, *status* de lei, ao incidir o preceituado no artigo 2º:

Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

O acórdão comentado declarou a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da referida Medida Provisória, em relação às entidades de assistência social, em confronto com a norma prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

A pergunta que o acórdão responde, em última análise, é: Pode uma imunidade ter seu campo de incidência delimitado por norma de nível inferior? No caso uma medida provisória, que adquiriu *status* de lei?

A resposta é não, taxativamente não.

E, para chegar a esta conclusão, o acórdão primeiro definiu o que se entende por imunidade.

Depois, que a lei não pode criar diferenciação entre atividades próprias e impróprias de entidade de assistência social, considerando que seria atividade imprópria a não vinculada à atividade fim protegida, já que o artigo guerreado da medida provisória delimitou a extensão da imunidade apenas às receitas provenientes das atividades próprias da entidade.

A matéria não é nova, já foi abordada quando se questionou a incidência do imposto de renda sobre as aplicações financeiras destas entidades, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal já afastou as inconstitucionalidades das legislações pretéritas sobre o assunto, onde o Fisco quis, sem

critério constitucional, cobrar tributo sobre estas operações.

O acórdão bem afirmou que a definição de entidade beneficente seria dada por lei, mas esta não pode cercear a incidência da imunidade, criando figura como atividades próprias e impróprias da entidade de assistência social para fins de imunidade e, finalmente, ressaltou que a imunidade pretende proteger valores em benefício de toda a sociedade.

Assim, espelhou a melhor doutrina sobre a matéria e está de acordo com o espírito da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Preceitua o artigo 195, § 7º, da Constituição Federal:

Art. 195. (...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Já o artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 dispõe que:

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas: (...)

X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

E o artigo 13 diz:

Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:

(...)

III - instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

O acórdão é uma lição de Direito Tributário sobre imunidade, pois explica claramen-

te que veículo normativo de nível inferior não pode cercear a imunidade assegurada pela Constituição.

Paulo de Barros Carvalho define imunidade como:

(...) a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.¹

Na esteira do pensamento de Paulo de Barros Carvalho, Fabiana Del Padre Tomé doutrina que:

(...) competência tributária consiste na autorização para os entes estatais tributarem.

Esta encontra-se inteiramente definida na Constituição Federal, onde tem suas fronteiras perfeitamente traçadas, sendo fixadas suas balizas demarcatórias.

Fazendo parte de tais balizas está a imunidade tributária, ajudando a delimitar o campo tributário, demarcando, em sentido negativo, as competências tributárias das pessoas políticas. A imunidade não exclui ou limita a competência tributária; ao contrário, consiste em uma regra que, conjugada a outras, tem como resultado a competência tributária constitucionalmente traçada.

É a imunidade tributária, portanto, uma das múltiplas formas de demarcação de competência, a qual se congrega às demais para produzir o campo dentro do qual as pessoas políticas poderão operar, legislando sobre matéria tributária.²

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 370.

2 TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Contribuições para a seguridade social, à luz da Constituição Federal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 169.

O v. acórdão foi, neste sentido, dando alcance ao artigo 195, § 7º, da Carta Magna, adentrou no núcleo preciso da imunidade tributária, dos valores que a Constituição quis proteger.

Valores estes que estão inseridos no mínimo existencial, ou mínimo vital, no dizer de Ricardo Lobo Torres.³

São valores ancorados na ética, na ideia de liberdade, nos direitos humanos e no princípio de igualdade, consubstanciado também no princípio da solidariedade.

A não incidência constitucional sobre as instituições de assistência social configura verdadeira imunidade tributária, e é um dos aspectos de proteção ao mínimo vital.

E, ainda no dizer do mestre Ricardo Lobo Torres, representa a igualdade de chances. A entidade de assistência social é imune à contribuição social, pois realiza trabalho em prol dos pobres e desassistidos, sendo necessário que atue desinteressadamente e com altruísmo na proteção das camadas mais pobres, miseráveis e desassistidas da sociedade.

Estes são os valores que são protegidos por esta imunidade.

Neste sentido, Luciano Amaro define imunidade como:

(...) a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo.

3 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 175.

O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou situações imunes.

“Pode uma imunidade ter seu campo de incidência delimitado por norma de nível inferior? (...) A resposta é não, taxativamente não.”

As imunidades são definidas em função de condições pessoais de quem venha a vincular-se às situações materiais que ensejariam a tributação (por exemplo, a renda, em regra passível de ser tributada, é imune quan-

do auferida por partido político ou por entidade assistencial que preencha certos requisitos). Mas podem, também, as imunidades ser definidas em função do objeto suscetível de ser tributado (por exemplo, o livro é imune), ou de certas peculiaridades da situação objetiva (por exemplo, um produto que, em regra, poderia ser tributado, mas, por destinar-se à exportação, é imune).⁴

Como bem asseverado no v. acórdão:

- O artigo 195, § 7º, da Constituição Federal disciplina a imunidade das entidades beneficentes em relação às contribuições para a seguridade social.
- Embora a Constituição tenha aplicado o termo “isentas” no citado artigo, trata-se efetivamente de norma imunizatória, mas para estar acobertada pela imunidade, a instituição deve obedecer às exigências contidas nos ditames legais.

Doutrina Marisa Ferreira dos Santos no sentido de que:

4 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174-176.

No § 7º do artigo 195, quando se utiliza a expressão “são isentas”, na verdade que se está concedendo imunidade as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.⁵

No mesmo sentido, Wagner Balera e Cristiane Miziara Mussi:

O § 7º, do artigo 195 da Constituição de 1988, dispõe que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. No entanto, é manifesto o equívoco terminológico deste dispositivo constitucional. É, como se sabe, a Lei Magna cuida das denominadas imunidades e não das isenções, que serão objeto de disciplina legal.⁶

E, complementando, Miguel Horvath Junior:

Dispõe o § 7º do art. 195 da Constituição:

“São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei” (grifo nosso).

Embora o texto constitucional utilize o termo isenção, trata-se de imunidade, pois o preceito de imunidade, como já vimos, é no sentido da previsão de não incidência constitucional. Sobre esta atecnia constitucional, veja a seguinte decisão do TRF da 4ª Região, notadamente o item 3:

“TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. LEI COMPLEMENTAR VERSUS LEI ORDINÁRIA. POSIÇÃO ECLÉTICA. PRECEDENTES DO STF. ART.

195, § 7º, DA CF/88. ART. 55 DA LEI 8.212/91. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PIS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. VERBA HONORÁRIA.

1. (...)

2. (...)

3. A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a Seguridade Social – contemplou com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social”.⁷

De acordo com todos os doutrinadores pesquisados, que abordam a matéria, há unanimidade de que se trata de imunidade no referido caso.

Pois, uma vez reconhecida que a entidade é beneficente, esta goza de imunidade das contribuições sociais, nos termos do artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, e suas receitas não podem ser classificadas em diretas, ou indiretas, próprias ou impróprias, de acordo com a finalidade desenvolvida pela mesma.

É o que determinou o v. acórdão.

A regra imunizante prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal alcança entidades preconizadas nos artigos 203 e 204 da Constituição, que definem o conceito do que se entende por assistência social e, nos termos da lei, no magistério de Roque Carrazza, desde que atendidos os requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional.⁸

5 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

6 BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2009, p. 139.

7 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 427.

8 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 889-891.

Não encontra guarida na Constituição a diferenciação entre atividades próprias ou impróprias, geradoras da renda das entidades beneficentes, para fins de aplicar na assistência social, única finalidade da sua existência.

Mera lei ordinária, ou medida provisória, não pode cercear os valores protegidos pela Constituição por meio das normas imunizantes, como reconhecido pelo v. acórdão.

Como bem dito na ementa, nos itens 9 a 11, mera norma de hierarquia inferior não pode diminuir a incidência da imunidade prevista constitucionalmente.

Se a entidade é beneficente de assistência social, reconhecida por lei, esta tem direito à imunidade da contribuição social, conforme preceituado no artigo 195, § 7º, da Constituição da República.

Não pode a norma de nível inferior criar diferenças onde a Constituição não o fez, como atividades próprias ou impróprias.

A propósito, isto aconteceu com o Imposto de Renda, em relação às disposições preconizadas pela Lei nº 9.532/1997, em seus artigos 12, 14 e 35, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional:

Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

§ 1º Não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

O Supremo Tribunal Federal naquela oportunidade se manifestou assim, em magístico trecho de voto vencedor:

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator):

É peremptória a norma do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, ao vedar, sem qualquer limitação, a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, entre outras entidades, das instituições de assistência social, sem fins lucrativos.

Assim sendo, mostra-se de todo irrelevante o fato considerado pela recorrente para afastar a imunidade, de que, no caso, está-se diante de tributo que pode ser transferido aos inquilinos, além de não se tratar de atividade típica da instituição social, posto enquadrar-se no campo da exploração de atividades empresariais, devendo sujeitar-se, portanto, à tributação.

Ora, cuidando-se de imunidade constitucional, desde que a instituição de assistência social preencha os requisitos legais, não importa saber se os imóveis de sua propriedade são locados ou não. É que a imunidade cobre patrimônio, rendas e serviços, não havendo distinção quanto ao uso direto ou à locação de imóveis da beneficiária.

(RE nº 257.700/MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, 13/6/2000)

Desta forma, tratando-se de imunidade constitucional, desde que a instituição de assistência social preencha os requisitos legais, não importa saber se sua receita é própria ou imprópria, pois a Constituição não faz esta diferenciação.

Toda instituição de assistência social, que atende aos pobres, necessitados, miseráveis, carentes e excluídos da sociedade, visando a proteção do mínimo vital prestigiado pela Constituição, é imune a contribuição social – COFINS para a manutenção de suas atividades.

Pouco importa se tem receita derivada de aplicação financeira, e se tem lucro, ou cobra por alguns serviços prestados.

A Constituição não faz esta diferença.

Onde a norma não diferencia, não pode o intérprete diferenciar, em elementar regra de hermenêutica.

O v. acórdão confirmou esse entendimento.

Se naquela oportunidade ficou decidido que o dinheiro arrecadado pela instituição de assistência social, para não ficar ocioso, pode ser aplicado no mercado financeiro, momentaneamente, para depois ser utilizado em obras de assistência social, sem a incidência de imposto de renda, o mesmo se aplica, com mais razão, às contribuições sociais.

É a finalidade teleológica do texto maior da Carta Magna.

Preceitua o artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal:

“(...) a lei não pode criar diferenciação entre atividades próprias e impróprias de entidade de assistência social.”

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:

(...)

c) patrimônio, *renda* ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Ora, se o item “c” diz expressamente renda, logo, estão compreendidos os ganhos do mercado de capital que, indiretamente, ou ato contínuo, serão aplicados nas atividades fins das entidades de assistência social.

Por se tratar de imunidade expressamente prevista na Constituição Federal, qualquer norma que a limite deve ser profligada do ordenamento jurídico, como o

artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que criou uma distinção entre atividade própria ou imprópria da entidade de assistência social, diferença esta não

prevista na Constituição.

O v. acórdão é paradigma de toda orientação e interpretação para a aplicação correta da imunidade prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

Seguiu a melhor doutrina, tanto de Direito Tributário, quanto de Direito Previdenciário, e é um exemplo a ser seguido por todos os aplicadores do Direito, no que concerne à imunidade.

Que sirva de lição para o nosso legislador ordinário, para se evitar futuras leis inconstitucionais, nesta matéria.



Mauro Spalding

Graduado em Direito (PUC/SP) e Administração de Empresas (FIA). Especialista em Direito Tributário pelo IBET (PUC/Cogea) e IBDT (USP). Mestre em Direito Econômico e Social (PUC/PR). Juiz Federal na 3ª Região. Professor e ex-Diretor da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor do curso de Pós-graduação em Processo Civil da PUC – Curitiba.

Em maio de 2013, o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, pronunciou a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que havia limitado a *isenção* da COFINS das instituições de caráter filantrópico apenas às receitas próprias das entidades, excluindo do benefício as receitas não decorrentes de atividades próprias.

A Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005632-73.2004.4.03.6102/SP foi admitida incidentalmente no Mandado de Segurança Coletivo em que o Sindicato das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais Filantrópicos de Ribeirão Preto e Região pretendia afastar a exigibilidade da COFINS sobre o total das receitas (e não apenas daquelas oriundas de atividades próprias) dos hospitais a ele filiados, tendo por fundamento a *imunidade* tributária prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

A íntegra do referido acórdão consiste em verdadeira aula de direito tributário, na qual os Desembargadores Federais Cecília Marcondes (relatora), Carlos Muta (que propôs durante o julgamento da apelação que o tema fosse submetido ao Órgão Especial na forma de arguição de inconstitucionalidade) e Nery Júnior (que apresentou voto-vista) debruçaram-se sobre a Teoria Geral do Direito Tributário, abordando temas referentes à incidência e aplicação das normas tributárias e os institutos da imunidade e isenção tributárias.

Não por outro motivo o acórdão foi selecionado pelo corpo editorial desta Revista para a abordagem puramente acadêmica que aqui é exposta, certamente, sem o intuito de opinar sobre o processo (até porque pendente de decisão por instâncias superiores), nem influenciar o seu julgamento final, senão apenas analisar sob o prisma técnico os pertinentes e relevantes aspectos jurídicos abordados com maestria por seus julgadores.

Concluiu a Corte, com sabedoria, que a norma jurídica questionada (art. 14, X, da MP nº 2.158-35/2001) violava a imunidade de contribuições sociais assegurada às entidades beneficentes de assistência social, preconizada no artigo 195, § 7º, da Constituição, que assim preceitua:

Art. 195. (...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Como se sabe, embora semanticamente o texto constitucional refira-se à *isenção*, ontologicamente está-se diante de verdadeira *imunidade* tributária, como, aliás, já pronunciou há tempos o STF.¹

1 Nesse sentido: "(...) A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social –, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do STF já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição Federal,

E a distinção mostra-se relevante, na medida em que a imunidade tributária, enquanto “norma de incompetência *posta na Constituição*, que limita outra norma constitucional atributiva de poder, modelando a competência de cada ente político da Federação”² tem maior densidade axiológica que a isenção tributária, porque caracterizada por uma regra que “se dá no plano da *legislação ordinária*”,³ seja a isenção admitida como uma dispensa legal do pagamento do tributo devido excepcionada do campo de incidência tributária,⁴ seja entendida como uma não-incidência legalmente declarada.⁵ Em síntese, “a isenção depende exclusivamente de uma lei e a imunidade depende exclusivamente da Constituição”.⁶

Dentro da ordenação jurídica global de uma coletividade que tem as normas constitucionais (regras e princípios) como a lei fundamental da sociedade, não pode uma norma infraconstitucional aviltar o que se encontra expresso (ou implícito) na norma que lhe é hierarquicamente superior (e até mesmo lhe dá fundamento de validade). Assim, se determinado fato jurídico é protegido contra a tributação pela imunidade assegurada na Constituição, nenhuma norma infraconstitucional pode pretender tributá-lo, sob pena de ser fulminada pelo vício de inconstitucionalidade, tornando-se inválida e, portanto, sem eficácia.⁷

a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.” (RMS 22.192, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, j. 28/11/1995, DJ 19/12/1996.)

2 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 921.

3 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 119.

4 Como lecionam Ruy Barbosa Nogueira, Rubens Gomes de Souza, Bernardo Ribeiro de Moraes, Amílcar de Araújo Falcão ou Gilberto de Ulhôa Canto, dentre outros.

5 Que tem por principal defensor a doutrina de José Souto Maior Borges.

6 DA SILVA, Edgard Neves. Imunidade e isenção. In: *Curso de direito tributário*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). 4. ed. São Paulo: CEJUP, 1995, v. 1, p. 255.

7 O Professor Goffredo Telles Junior chega até mesmo a afirmar que normas inconstitucionais são tidas por “não

Foi o que ocorreu com o artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 que, dentre inúmeras outras Medida Provisórias editadas às pressas em agosto de 2001 com o fito de eternizar-se no mundo jurídico pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32 publicada no mês seguinte, teve o seguinte enunciado:

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

(...)

X - relativas às atividades *próprias* das entidades a que se refere o art. 13.⁸

Apoiada na ciência pré-jurídica das Finanças, pretendeu a referida norma tributar as receitas decorrentes de atividades *não próprias*, ou seja, oriundas de operações alheias ao objeto social das entidades filantrópicas (por exemplo, receitas decorrentes de aplicações financeiras, de venda de ativo imobilizado, de exploração de estacionamento, lanchonete, etc.), mantendo imunes apenas as receitas relativas às atividades próprias, ou seja, aquelas decorrentes da prestação dos serviços médico-hospitalares (no caso ora analisado).

A técnica legislativa adotada pela Presidência da República na proposição legal dá a impressão de ter sido adotada como forma de camuflar, até intencionalmente, a já vislumbrada inconstitucionalidade veiculada pela norma. A aparência de se estar enfatizando a garantia da imunidade ao descrever a norma com um modal deôntico positivo, contudo, acabou sendo desmascarada pelo artigo 93 da própria Medida Provisória nº 2.158-35/2001,

jurídicas”. (*O direito quântico*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 366).

8 Referido artigo 13, que versava sobre incidência de contribuição ao PIS/PASEP, trazia em seu elenco de entidades as “instituições de caráter filantrópico” (inciso IV), exatamente como se subsumiam conceitualmente as entidades vinculadas ao Sindicato impetrante do Mandado de Segurança Coletivo donde se originou a Arguição de Inconstitucionalidade Cível aqui analisada.

que pretendia revogar expressamente⁹ o inciso III do artigo 6º da Lei Complementar nº 70/91, que assim disciplinava:

Art. 6º São isentas da contribuição:
(...)

III - as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

“(...) embora semanticamente o texto constitucional refira-se à isenção, ontologicamente está-se diante de verdadeira imunidade tributária, como, aliás, já se pronunciou há tempos o STF.”

previsto na Lei Maior ou tornar mais didático ao destinatário e intérprete o texto legal). Consequentemente, se genuinamente *isenção* não era, não poderia uma Medida Provisória, porque também infraconstitucional,

revogá-la ou limitar seu campo de incidência, como bem pronunciou o Tribunal Regional Federal no julgado aqui analisado.

Como se vê, o legislador infraconstitucional, na Lei que instituiu a COFINS no ordenamento pátrio, havia repetido *ipsis literis* a norma de *imunidade* prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, disciplinando no artigo 6º, III, da Lei Complementar nº 70/91 que “são isentas da contribuição as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em Lei”. Ora, é evidente que o fato de uma norma infraconstitucional copiar o enunciado de uma norma constitucional não a desconstitucionaliza. Em relação ao direito tributário, a repetição da proposição normativa de *imunidade* (prevista na Constituição) não transmuta o instituto jurídico em mera *isenção* (prevista na Lei), até porque não faz nenhum sentido isentar-se um fato que já seja albergado pela imunidade, qualquer que seja a definição dada a esses dois institutos jurídicos de direito tributário.

Daí decorre que as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em Lei continuam protegidas pela *imunidade* tributária, sendo a repetição do preceito por uma norma hierarquicamente inferior, como se *isenção* fosse, não só dispensável como também atécnica sob a ótica da produção legislativa (quando muito, admitida como forma de enfatizar o que já é

Registra-se, ademais, que nem mesmo as “exigências estabelecidas em Lei”, tidas pelo artigo 195, § 7º, da Constituição (e também pelo art. 6º, III, da LC nº 70/91) como condição à fruição da imunidade tributária¹⁰, seriam suficientes para assegurar a validade do questionado artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Como foi bem explicitado no excerto do julgado de lavra do Desembargador Federal Carlos Muta:

(...) a revogação ocorreu no que concerne não a requisitos a serem preenchidos por entidades beneficentes para o gozo do benefício, mas no tocante ao tipo de receita para fins de definição da *isenção* e, pois, da incidência fiscal.

O Tribunal revelou estar atento ao fato de o E. STF já ter se pronunciado sobre a possibilidade de fixação, em leis ordinárias (e assim, também em Medidas Provisórias) de *requisitos* para o exercício da imunidade tributária prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.¹¹ Entendeu o TRF, por outro

9 Previu o artigo 93 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001: “Art. 93. Ficam revogados: (...) II – a partir de 30 de junho de 1999: a) os incisos I e III do art. 6º da LC nº 70/91...”.

10 Numa típica norma constitucional que seria qualificada por José Afonso da Silva como “norma de eficácia contida”, e não “limitada” como defendeu a Fazenda Nacional no processo.

11 Como foi no julgamento do pedido de liminar na ADIN 2.028/DF, em que o Ministro Moreira Alves reconheceu a constitucionalidade dos requisitos legais previstos no artigo 55 da Lei Ordinária nº 8.212/91, embora tenha admitido a relevância da tese doutrinária que leciona ser a imunidade tributária uma verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar e, como tal, a *lei* referida

lado, que o afastamento da imunidade das receitas não próprias das entidades filantrópicas seria mais do que o mero estabelecimento de requisitos legais para aproveitamento da imunidade, mas, sim, uma limitação à própria definição do conteúdo material do benefício, o que seria atentatório à Constituição e aviltante à garantia constitucional do contribuinte.

Daí emergiu a conclusão de que, na verdade, a especificação trazida pelo texto da Medida Provisória de que a isenção seria assegurada às “receitas relativas às atividades *próprias* das entidades” visava a permitir pelo Estado a tributação daquilo que fosse considerado pelo Fisco como receitas oriundas de atividades consideradas *não próprias*, aliás, como já vinha acontecendo em relação à imunidade de impostos também assegurada pela Constituição ao patrimônio, rendas ou serviços de instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI, c, da CF).¹² O Tribunal evitou, como visto, a perpetração de tal inconstitucionalidade.

No mais, mesmo que frustrada judicialmente, evidenciava-se mais uma tentativa, valendo-se de uma norma jurídica inconstitucional (própria desse emaranhado de tantas outras normas tributárias constantemente editadas pelo governo federal), de materializar a ganância arrecadatória do Estado. Normas como a estampada no artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 contribuíram para a criação do que Alfredo Augusto Becker, há mais de cinquenta anos, já denominava de “manicômio jurídico tributário”, lecionando àquela época e parafraseando R. Liguori e Soares Martinez ao declarar que:

(...) se fossem integralmente aplicadas as leis tributárias, todos os contribuintes

seriam passíveis de sanções, inclusive de cárcere e isto, não tanto em virtude da fraude, mas principalmente pela desorientação que o caos da legislação tributária provoca no contribuinte. Tão defeituosas costumam ser as leis tributárias que o contribuinte nunca está seguro das obrigações a cumprir e necessita manter uma dispendiosa equipe de técnicos especializados, para simplesmente saber quais as exigências do Fisco.¹³

A postura política do governo federal com a edição da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e de tantas outras Medidas Provisórias (e de Ordens de Serviço, Instruções Normativas, Circulares, Cartas-Circulares, Orientações-Normativas, Normativos, Decretos, Portarias, etc.) editadas com o propósito de aumentar a arrecadação estatal, muitas vezes violando direitos e garantias individuais dos contribuintes, foi a tempo freada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento ora em comento, demonstrando a preocupação de seus membros com a preservação e garantia da ordem constitucional e dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. No caso aqui comentado, pelo menos em relação às entidades filantrópicas beneficiadas, foi restabelecida a ordem das coisas, preservando-se a imunidade tributária assegurada pelo texto magno às entidades beneficentes de assistência social (incluindo os hospitais filantrópicos), independente da natureza das receitas que são por elas auferidas (decorrentes de atividades próprias ou não próprias).

no art. 195, § 7º, da Constituição Federal só poderia ser a “lei complementar” (art. 146, II, da CF).

12 Restringida pela Lei em relação às receitas oriundas de ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras, ou seja, a receitas oriundas de atividades não próprias das entidades imunes (art. 12, § 1º, da Lei nº 9.532/97 e art. 15, § 2º, da mesma Lei).

13 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 8-9.



Rosana Ferri

Estudou Direito na Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Foi Procuradora da Fazenda Nacional em São Paulo de 1993 até 1996. Foi aprovada no 6º Concurso para Juiz Federal Substituto da 3ª Região em 1996, atuando como Juíza Substituta desde 1996 até 2004, quando titularizou na 8ª Vara de Execuções Fiscais. Atualmente está lotada na 2ª Vara Cível de São Paulo – Capital.

A questão que se coloca é se, em relação às contribuições sociais, é legítima a limitação da aplicação da imunidade constitucional prevista no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal pelas determinações contidas no inciso X do artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 que, à semelhança dos impostos, fixou que somente os fatos geradores relacionados com as atividades essenciais das entidades beneficentes estariam excluídos da imposição.

Sobre a imunidade das entidades beneficentes de assistência social, Roque Antonio Carrazza, diz que:

(...) nos termos da Constituição Federal, a assistência social abrange a proteção e o amparo à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, máxime quando estas medidas favorecem os economicamente mais fracos. Compreende, por igual modo, a promoção da integração ao mercado de trabalho, bem como a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência física. (...) A idéia é que ela deve estar voltada para a redução – quando não a eliminação – de desigualdades, carências e injustiças.

Convém que se registre que a assistência social vai além da *oficial*, isto é, daquela que é prestada pelo Poder Público. (...) Logo, a assistência social tanto pode ser prestada pelo Estado como por intermédio de outras pessoas jurídicas de Direito Público ou, até, de pessoas jurídicas de Direito Privado (entidades

filantrópicas).

Estas quando realmente cumprem seus objetivos institucionais, vale dizer, provêm, sem finalidade de lucro, o atendimento às necessidades básicas dos seres humanos (...), devem de todas as formas ser amparadas e incentivadas. Tais entidades coadjuvam o Poder Público no atendimento aos interesses coletivos. Melhor dizendo, avocam atribuições que são típicas do Estado.

Pois bem, é dentro deste espírito que o artigo 195, § 7º, da Constituição Federal declara “isentas” (na verdade, “imunes”) de contribuição para a Seguridade Social as entidades beneficentes de assistência social (desde que, evidentemente, preencham os requisitos do artigo 14 do CTN, que faz as vezes da lei complementar a que alude o art. 146, II, da CF.¹

Em verdade, a lei que restou por fixar quais as exigências que determinariam que uma entidade teria a condição de entidade beneficente de assistência social foi a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 55, atualmente revogado pela Lei nº 12.101/2009, devendo ser seguido, desta forma, para o fim de se saber quais são esses elementos, o artigo 14 do CTN, que determina quais

(...) as únicas exigências que devem ser satisfeitas pelas entidades beneficentes de assistência social para gozarem da

1 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 728-730.

imunidade prevista no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. São elas: não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no resultado, aplicarem integralmente no País os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais e manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Os requisitos alinhados no artigo 14 do Código Tributário Nacional se explicam pelos precípuos fundamentos: (primeiro) se a entidade beneficente se destaca pela sua benemérita atuação e, por isso, dispõe de imunidade tributária, deve aplicar os seus excedentes na própria instituição e não distribuí-los; (segundo) sendo intuito visível do constituinte o incentivo às atividades exercidas pelas entidades beneficentes, sobretudo com vistas a melhoria das condições dos cidadãos brasileiros, nada mais natural que os recursos sejam integralmente aplicados no País e na manutenção dos seus objetivos institucionais; (terceiro) para comprovação das operações efetuadas pelas entidades beneficentes, é correto que mantenham escrituração apropriada, para que o Poder Público possa exercer a fiscalização dos atos das entidades.

Em resumo, as entidades beneficentes que atenderem as exigências estipuladas no prefalado artigo 14 do Código Tributário Nacional, que, como anotado acima, são exigências lógicas e condizentes com o objetivo social das entidades, têm assegurada, de forma inequívoca, a imunidade as contribuições para a seguridade social.²

Assim, a entidade que não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação

no resultado, aplicar integralmente no País os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais e mantiver escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão é beneficiária da imunidade prevista no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

O inciso X do artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, além dessas exigências, acrescentou a necessidade de que a base de cálculo das contribuições, para permitir a não incidência das mesmas, deveria ser derivada de atividade própria da entidade, requisito não previsto nem na norma constitucional nem na lei complementar que a regulamentou, qual seja, o Código Tributário Nacional.

Temos, portanto, que houve a tentativa de restringir o benefício através de Medida Provisória, que ocupa o mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias e, ainda, limitar o que a Constituição Federal não limitou.

Também, tal norma revogou o inciso III do artigo 6º da Lei Complementar nº 70/1991, que determina, nos termos da Constituição Federal, que são isentas (imunes) as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Pois bem.

Diz a norma cuja constitucionalidade foi questionada:

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas: (...)

X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:

I - templos de qualquer culto;

II - partidos políticos;

III - instituições de educação e de assis-

² SCHERER, Leandro Pacheco. Considerações acerca da imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social. Disponível em: <<http://www.fesdt.org.br/artigos/14.pdf>>.

tência social a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;
IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;
V - sindicatos, federações e confederações;
VI - serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;
VII - conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas;
VIII - fundações de direito privado e fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público;
IX - condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais; e
X - a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB e as Organizações Estaduais de Cooperativas previstas no art. 105 e seu § 1º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

Entendo que a norma supra colacionada extrapolou não só a previsão da Lei Complementar como da Constituição Federal, sendo, portanto, ilegal e inconstitucional.

“(...) exigiu somente que a entidade preenchesse os requisitos necessários para ser considerada beneficente, não fazendo menção ao tipo de receita para o usufruto de tal benefício.”

A Fazenda Nacional, em suas razões, a fim de defender a constitucionalidade da supra citada norma, faz referência ao artigo 150 da Constituição Federal, que trata das Limitações ao Poder de Tributar:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, inde-

pendentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (*Vide* Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (*Incluído* pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela

utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - *instituir impostos sobre: (Vide* Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) *patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;*

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

§ 1º. A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (*Redação dada*

pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003)

§ 2º. A vedação do inciso VI, *a*, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º. As vedações do inciso VI, *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera

o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas *b* e

c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 5º. A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, *g*. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto

ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Referido artigo regula a imposição tributária através de impostos, não abrangendo as contribuições.

Assim, uma vez que não existem palavras inúteis no Texto Constitucional, reforça-se a ideia de que, da mesma forma que o Constituinte limitou a imunidade relativa a impostos, para as entidades beneficentes de

assistência social, aos fatos geradores que reflitam sua atividade essencial, caso quisesse que tal critério fosse seguido pelas imunidades relativas às contribuições, teria feito constar referida ressalva.

“(...) devendo-se ter, na interpretação da imunidade em referência, a visualização do objetivo desta imunidade, que é incentivar e não onerar as entidades beneficentes.”

Verifica-se, claramente, que em relação às contribuições a imunidade exigiu somente que a entidade preenchesse os requisitos necessários para ser considerada beneficente, não fazendo menção ao tipo de receita para o usufruto de tal benefício.

Ao basear-se em tal dispositivo para fundamentar a constitucionalidade da norma questionada, fundamenta a limitação da imunidade das contribuições com dispositivo que regula a imunidade relativa aos impostos.

Tal não é possível, haja vista que impostos e contribuições são espécies tributárias diferentes, sendo aquela não retributiva (o que justifica a necessidade de fatos geradores de atividades essenciais da entidade beneficente de assistência social) e esta retributiva (o que explica a inexigência da relação do fato gerador com sua atividade típica), ou seja, as contribuições sociais têm por finalidade financiar as atividades de previdência e as-

sistência social do Estado. Ao recolher tais contribuições, a entidade estaria financiando o que ela já oferta, assistência social. Assim, o que basta para ela ser imune é sua característica assistencial, não a origem da base de cálculo, o fato gerador.

Já em relação aos impostos, estes somente não incidem nos fatos geradores decorrentes de suas atividades essenciais, já que não existe a referência à aplicação dos recursos obtidos através de sua exigência.

A Fazenda Nacional, além de utilizar-se do fundamento constitucional referente à possibilidade de aplicação da imunidade relativa aos impostos, que determina a exigência de ser o fato gerador referente a atividade essencial das entidades beneficentes, também se socorre do princípio da livre concorrência e da isonomia, afirmando que

(...) qualquer atividade extravagante exercida por essas entidades, que for indicativa de uma função empresarial ou econômica, deverá obedecer ao regime tributário apropriado, para não ferir a isonomia de tratamento legal tributário, regra primordial do ordenamento jurídico, reproduzida no § 3º do art. 150 da Constituição para a hipótese de imunidade recíproca, porém aplicável a qualquer entidade desprovida de capacidade econômica tributável que desbordar de suas funções próprias e naturais.

Entendo que, ao fundamentar dessa forma, efetuou-se uma interpretação que buscou em embasamentos não aplicáveis à hipótese a base constitucional para “constitucionalizar” lei inconstitucional. Entretanto, entendo que neste caso não se pode aplicar a interpretação conforme a constituição, porque esta exige, segundo o jurista Luis Henrique Martins dos Anjos, os seguintes requisitos:

1) Deve ser respeitado o instituto jurídico que está em questão. Normalmente, o ato questionado vai estar envolvido com alguma matéria de um instituto jurídico,

e os princípios deste instituto jurídico devem ser respeitados. Se for uma lei sobre tributos, por exemplo, o instituto dos tributos tem toda uma principiologia, implicando o respeito à natureza do instituto que está em discussão.

2) Deve ser respeitado o princípio da razoabilidade, isto é, há que ser uma interpretação razoável, não se podendo forçar uma interpretação. Deve ser uma interpretação autossustentada e sem artificialismos.

3) Também há que se respeitar o princípio da aplicação restritiva, ou seja, quando houver dúvidas, não se faz a interpretação conforme a Constituição. Se houver dúvidas, o Supremo deve declarar a inconstitucionalidade.³

No caso em tela, a norma questionada não reflete quaisquer das hipóteses assinaladas pela doutrina acima mencionada, porque 1) fundamenta a base da interpretação em artigo constitucional que trata de espécie tributária diversa; 2) não é razoável, haja vista que não respeita as peculiaridades das contribuições sociais e 3) não é uma interpretação pacífica, trazendo consigo as dúvidas já destacadas.

Nesse sentido é a opinião do DD. Representante do Ministério Público Federal:

(...) deve-se, portanto, salientar que as entidades qualificadas como beneficentes de assistência social, por definição, não buscam em suas atividades o interesse particular, é dizer, não têm fins lucrativos; ao contrário, destinam-se a consecução do interesse reconhecidamente público, que, em última instância,

3 ANJOS, Luís Henrique Martins dos. *A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/cursos/arquivosdocurso/InterpretaCfConst.doc>>. Acesso em: 29 ago. 2006. *Apud* DORNELES, Tatiana Poltosi. *O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1528>. Acesso em out. 2013.

tendem à concretização dos objetivos fundamentais da República do Brasil, tal como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I e III da CF).

Sob esta perspectiva, a isonomia estaria quebrada caso tais entidades fossem tributadas em nome de atividades estatais na ordem social. Isso porque seu patrimônio estaria sendo afetado, ou melhor, fração dele estaria sendo retirada para custear atividade na ordem social precisamente à qual se destina como razão de sua constituição.

A exigência, da natureza mesma de tais entidades, de não visarem ao lucro, isto é, por meio da atividade que exercem não terem a finalidade de aumento patrimonial, mas terem por objetivo assistirem às pessoas que de seus serviços necessitem, mormente os hipossuficientes, torna inviável a cobrança de contribuição social, “in casu”, a COFINS. Sendo a COFINS a contribuição para o financiamento da seguridade social, e esta o conjunto de ações integradas de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os

direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF), o exercício de atividade por agentes da própria sociedade civil nesse campo afasta a possibilidade de prestação pecuniária compulsória ao Estado, para o custeio de atividades no referido ramo. Isso porque a contribuição tem por finalidade retirar fração do patrimônio do particular, destinado à satisfação das necessidades particulares, para que seja ele direcionado a satisfação dos interesses públicos; sendo assim, as entidades beneficentes de assistência social já se destinam a essa incumbência; não são entes destinados à satisfação de interesses particulares, sendo, com efeito, parceiras do Estado no desempenho de serviços de interesse social.

Desta forma, temos ser inconstitucional o inciso X do artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, tanto em seu aspecto material como em seu aspecto formal, devendo-se ter, na interpretação da imunidade em referência, a visualização do objetivo desta imunidade, que é incentivar e não onerar as entidades beneficentes.



Valdeci dos Santos

Juiz Federal titular da 2ª Vara Federal de Campinas. Juiz Federal convocado para as Turmas Suplementares das 1ª e 2ª Seções do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2007-2009). Professor Universitário. Ex-Professor de Direito Constitucional nas Faculdades de Direito da PUCCAMP, FMU e UNIP. Ex-Procurador do Município de São Paulo. Autor do livro *Teoria Geral do Processo*, Millennium, Campinas.

1. Notas introdutórias.

Adoutrina contemporânea tem realçado que o controle de constitucionalidade das leis opera como meio de garantia e defesa da Constituição. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

(...) o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.¹

Com efeito, o controle de constitucionalidade tem por objetivo expungir do ordenamento a norma jurídica que se mostra incompatível ou que se revela em confronto com norma contida na Lei Fundamental. Trata-se, pois, de processo de verificação da adequação formal e material de um ato jurídico, principalmente da norma legal, ou mesmo de norma emanada do constituinte derivado, quando cotejadas com a Constituição.

Assim, funciona o mecanismo de controle de constitucionalidade na

defesa da ordem jurídica consagrada pela Constituição. E, por isso, José Horácio Meirelles Teixeira preleciona que:

(...) se a Constituição é suprema na hierarquia das normas, e se essa supremacia decorre de razões políticas e jurídicas poderosíssimas (estabilidade do Estado e da ordem jurídica, segurança dos direitos civis e políticos dos indivíduos), é bem de ver-se a necessidade imprescindível, em que se encontra a própria Constituição, de organizar um sistema ou processo adequado de sua própria defesa, em face dos atentados que possa sofrer, quer dos Parlamentos, através das leis ordinárias, quer dos órgãos e agentes executivos, seja através de atos normativos, como os regulamentos, as instruções, etc., seja mediante atos administrativos, isto é, aqueles atos jurídicos de alcance individual, praticados pela Administração.²

Nesse contexto, a Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0005632-73.2004.4.03.6102/SP, submetida ao Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ensejou à Corte oportunidade para exercer uma de suas mais relevantes atribuições, qual seja, na ausência de manifestação expressa do Supremo Tribu-

1 MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1006.

2 TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Revisto por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Fomense Universitária, 1991, p. 372.

nal Federal, decidir sobre a compatibilidade ou não da norma contida no artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, quando confrontada com a norma inscrita no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

2. Questões processuais relevantes contidas na decisão comentada.

A arguição de inconstitucionalidade mencionada teve sua relevância admitida perante a Terceira Turma, em sessão de julgamento realizada no dia 06/05/2010, que, à unanimidade, decidiu submeter a apreciação do mérito da questão ao Órgão Especial, acompanhando o voto-vista do eminente Desembargador Federal Carlos Muta, deixando exarado Sua Excelência o seguinte:

(...) a hipótese não é, a meu ver, de apreciação direta do mérito por

esta Turma, em face do que estabelece o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10/2008, mas sim a de formulação de juízo de admissibilidade disto que é, na verdade, não menos do que uma arguição de inconstitucionalidade a fim de que, assim concluindo este órgão fracionário, seja a controvérsia sujeita ao julgamento pelo Órgão Especial desta Corte.

“(...) não incidência constitucional quer dizer imunidade.”

Súmula Vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

mente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

Convém lembrar que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com o *quorum* de maioria absoluta de seus membros, anotando José Afonso da Silva que referida regra

(...) confere solenidade à declaração de inconstitucionalidade e que há dois valores ponderados pela norma. Por um lado, o valor da supremacia constitucional, que exige seja respeitado pela lei, e, quando não respeitado, deve ser prestigiado com a declaração de inconstitucionalidade da lei infratora.³

O outro, prossegue o ilustre professor,

Revela-se inequívoco o acerto da Terceira Turma ao reconhecer a relevância da questão constitucional ventilada em sede de recurso de apelação por vislumbrar a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e submeter o deslinde da matéria ao Órgão Especial da Corte, considerando inexistir pronunciamento sobre o assunto por parte do Supremo Tribunal Federal, pois, conforme dispõe o artigo 97 da Constituição Federal:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos

³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 517.

(...) é o valor da estabilidade da ordem jurídica, que requer que a declaração, no caso, tenha o significado de um pronunciamento do tribunal na sua expressão maior, que é seu Plenário, não de uma simples fração dele; e que este o faça representativamente, pela maioria absoluta de seus membros.⁴

Ademais, há outros relevantes aspectos a considerar relativos à celeridade e ao princípio da duração razoável do processo, tendo o Pretório Excelso, no julgamento do RE 199.017-1/RS, decidido que:

(...) uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Órgão Especial ou pelo Plenário do Tribunal, ficam as Turmas ou Câmaras da Corte autorizadas a aplicar o precedente aos casos futuros sem que haja a necessidade de nova remessa àqueles órgãos, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da CF.

Certamente, a aplicação de precedente em casos tais contribui para a celeridade processual, na medida em que reduz o tempo de tramitação do feito.

Convém finalizar o tópico lembrando que, decidida a arguição de inconstitucionalidade no âmbito do Órgão Especial, ou do Plenário, prossegue a Turma no julgamento do recurso que fora sobrestado, aplicando o quanto restou decidido sobre a questão constitucional.

3. A matéria de mérito veiculada na arguição de inconstitucionalidade em tela.

O presente comentário reporta-se à arguição de inconstitucionalidade da norma contida no inciso X do artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que restaria em

contrariedade com o disposto no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, ao reduzir o alcance material da imunidade prevista neste último dispositivo constitucional.

Para a melhor compreensão do caso vale a pena transcrever a letra da Constituição naquilo que interessa para o seu estudo:

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:

(...);

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Portanto, trata o *caput* de estabelecer um dos esteios de organização da Seguridade Social que é o da diversidade da base de custeio, termo mais adequado que financiamento, pois, de fato, a consecução de seus altos objetivos passa pela arrecadação dos recursos necessários para o pagamento das prestações sociais devidas.

Anote-se, contudo, que, ao lado da instituição de fontes diretas e indiretas destinadas ao custeio do sistema de proteção criado pela seguridade social inscrito na vigente Carta da República, tratou o legislador constituinte de proteger sob o manto da imunidade determinadas situações, e a primeira delas consta da segunda parte do inciso II, do artigo 195, que assegura não incidir a contribuição social sobre os proventos das aposentadorias e das pensões concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201.

Ora, não incidência constitucional quer dizer imunidade e a razão de ser de a norma excepcionar a incidência de contribuição social sobre referidos proventos, desde que no âmbito do regime geral de previdência, é que,

⁴ *Ibidem*, p. 517.

em relação aos servidores públicos, a Lei nº 9.783/1999 tratou de criar contribuição social incidente sobre proventos pagos aos inativos.

A outra hipótese de imunidade consagrada no artigo 195 encontra-se inscrita no seu § 7º, que exclui da incidência de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social, desde que estas cumpram os requisitos previstos em lei.

Referidos requisitos legais constam do artigo 14 do Código Tributário Nacional, que subordina a imunidade ao cumprimento das seguintes exigências: não distribuírem as entidades qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado; aplicarem integralmente no país os seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais; manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Entendo que o cumprimento desses requisitos é o quanto basta, até porque o artigo 55 da Lei nº 8.212/1991 foi revogado pelo artigo 44 da Lei nº 12.101, de 27/11/2009.

Impõe-se, nesse passo, concluir que o § 7º acima mencionado tratou de instituir imunidade em favor das entidades beneficentes de assistência social, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei e, em nenhum momento, outorgou ao legislador infraconstitucional poderes para dispor sobre o seu conteúdo material, restando este fora do alcance de qualquer aventura legiferante.

Contudo, a legiferação aventureira se deu por meio da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que dispôs o seguinte:

Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:
(...);

III – instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da

Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997; IV – instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997.

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:
(...);

X – relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

Da inteligência das normas legais acima, resta claro que as instituições de assistência social e de caráter filantrópico, dentre outras mencionadas no artigo 13, foram beneficiadas, a partir de 1º de fevereiro de 1999, com imunidade da COFINS incidente sobre as receitas relativas às suas atividades próprias. Ocorre, todavia, que, assim dispondo, o legislador da citada medida provisória acabou por estabelecer para tais entidades uma classificação peculiar de receitas compreendendo aquelas (a) derivadas de *atividades próprias* e aquelas (b) derivadas de *atividades impróprias*.

Quanto ao que se deve entender por receitas derivadas das atividades próprias da instituição de assistência social e de caráter filantrópico, a Instrução Normativa da SRF nº 247, de 21/11/2002, dispõe, no artigo 47, § 2º, o seguinte:

Art. 47. (...)

§ 2º. Consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Contrario sensu, todas as demais receitas auferidas devem ser tidas como decorrentes de atividades impróprias.

Assim sendo, não há dúvida de que a norma contida no artigo 14, X, da Medida

Provisória nº 2.158-35/2001, desbordou dos limites do permitido pelo artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, pois este conferiu à lei apenas o estabelecimento dos requisitos necessários para que as entidades beneficentes de assistência social façam jus à imunidade, enquanto aquela avançou para definir receitas cobertas pelo benefício constitucional – as decorrentes de atividades próprias – e receitas sujeitas à incidência da COFINS – as decorrentes de atividades impróprias –.

Ora, o legislador infraconstitucional jamais recebeu outorga do legislador constituinte para definir o conteúdo material do benefício em tela, desbordando – com a sua atuação legiferante –, dos contornos claramente definidos pela norma constitucional. A consequência disso é a inconstitucionalidade da regra veiculada por meio da mencionada medida provisória.

Aliomar Baleeiro no seu clássico conceito de imunidades tributárias anota, de forma peremptória, que “se tratam de vedações absolutas ao poder de tributar certas pessoas (subjetivas) ou certos bens (objetivas) e, às vezes, uns e outras”⁵. Imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam.

Daí o registro percuciente da relatora, Desembargadora Federal Cecília Marcondes, quando assevera que:

“(...) conferiu à lei apenas o estabelecimento dos requisitos necessários para que as entidades beneficentes de assistência social façam jus à imunidade.”

(...) tendo o legislador infraconstitucional restringido a vontade do constituinte, que estabeleceu o benefício fiscal, ora discutido, às entidades beneficentes de assistência social, e somente a elas, uma vez atendidas as exigências estabelecidas em lei, sem qualquer restrição com

relação ao tipo de atividade por elas desenvolvida, mister se faz concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo legal ora apreciado.

4. Conclusões.

A Constituição não suporta a existência de norma legal em confronto com ela, por isso dispõe de mecanismo de defesa de sua inteireza e de compatibilidade à sua letra e ao seu espírito de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico. Em face de norma jurídica colidente e, portanto, incompatível, o meio adequado de proteção da indenidade constitucional deve ser acionado, como ocorreu no caso em tela, pela via própria da arguição de inconstitucionalidade.

Inequívoco o acerto da Egrégia Turma ao reconhecer a relevância da questão constitucional ventilada por vislumbrar a inconstitucionalidade do artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, em confronto com o artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, submetendo a matéria ao crivo do Órgão Especial da Corte, considerando inexistir pronunciamento sobre o assunto por parte do Supremo Tribunal Federal.

De fato, conforme já apontado, o artigo 195, § 7º, do Texto Constitucional, instituiu imunidade em favor das entidades beneficentes de assistência social, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei.

Em razão disso, não há dúvida de que a norma contida no artigo 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, desbordou dos limites do permitido pelo artigo 195, § 7º, da Constituição, avançando para definir como receitas sujeitas à incidência da COFINS as decorrentes de atividades impróprias.

O legislador infraconstitucional jamais

5 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 82.

recebeu outorga do legislador constituinte para definir o conteúdo material da imunidade, tendo, com sua atividade legiferante, ultrapassado os contornos definidos pela norma constitucional e a consequência disso é a inconstitucionalidade da regra veiculada por meio da mencionada medida provisória.



Jurisprudência

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0001390-42.2002.4.03.6102
(2002.61.02.001390-3)

Apelante: DOMINGOS MENDES

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA

Classe do Processo: AC 1366214

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/09/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. ART. 225 DA CF/88. LEIS 4.711/1965, 6.938/1981, 7.347/1985 E 12.651/2012. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CILIAR. DANO AMBIENTAL CONFIGURADO *IN RE IPSA*. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E *PROPTER REM* DO POSSUIDOR. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO FAZER E INDENIZAR. HONORÁRIOS.

I. A proteção ambiental detém *status* constitucional, estando os agentes infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sujeitos a sanções civis, penais e administrativas, cuja incidência pode ser cumulativa, ante sua autonomia (art. 225, § 3º, CF; art. 4º, VII, c/c art. 14, § 1º, L. 6.938/81).

II. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal para apuração de responsabilidade por dano ao meio ambiente, decorrente da inobservância da função socioambiental da propriedade, traduzida pela ocupação e posse irregular de parcela de imóvel rural mediante construção e manutenção de edificações e benfeitorias em mata ciliar, “rancho” erigido em Área de Preservação Permanente às margens do Rio Pardo, no Município de Jardinópolis.

III. A degradação ou supressão de vegetação natural legalmente protegida configura conduta instantânea de efeitos permanentes, estendendo-se a destruição do meio ambiente de modo continuado no decorrer do tempo e persistindo a responsabilidade do proprietário ou possuidor de área degradada quanto à obrigação de conservar o patrimônio ambiental, não se falando em prescrição. Precedentes do STJ.

IV. A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação, competindo ao novo proprietário ou possuidor assumir os ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento, configurando-se dano ambiental *in re ipsa* a exploração, ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (art. 7º, L. 12.651/12). Precedentes do STJ.

V. Preceitua o Código Florestal configurar Área de Preservação Permanente aquela detentora da função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a esta-

bilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 2º, II, L. 4.771/65; art. 3º, II, L. 12.651/12).

VI. Nos termos do art. 2º, “a”, item 3, da L. 4.771/1965, e arts. 3º e 4º, I, “c”, da L. 12.651/2012, constituem Área de Preservação Permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto, em faixa marginal, cuja largura mínima será de 100 metros para os cursos d’água que tenham entre 50 e 200 metros de largura.

VII. Possuindo o Rio Pardo cerca de 200 metros de largura na região de Jardinópolis, e devendo portanto ser observada a Área de Preservação Permanente Ciliar de 100 metros, constata-se a violação à legislação de proteção ambiental por parte do réu, pois a faixa por ele ocupada a 30 metros da margem fluvial não é passível de exploração, edificação, supressão de vegetação ou qualquer outra intervenção humana.

VIII. Inexistentes quaisquer das hipóteses excepcionais de uso autorizado pelos órgãos de proteção ambiental, taxativamente previstas na legislação, adstritas à utilidade pública e interesse social ou ao baixo impacto, vedada, de igual sorte, a compensação.

IX. Configurado o dano ambiental *in re ipsa* e, mais ainda, estando a degradação demonstrada nos autos, restam comprovados os elementos hábeis à responsabilização do réu, quais sejam, conduta lesiva, ocorrência do dano e configuração do nexo de causalidade, tornando de rigor reconhecer sua responsabilidade pelo prejuízo ambiental causado, impondo-se o consequente dever de indenizar.

X. Tratando-se de apelo exclusivo do réu, e em observância à legislação, à razoabilidade e proporcionalidade, devem ser mantidos os termos da sentença de procedência da ação civil pública, quais sejam, a condenação do apelante à desocupação da Área de Preservação Permanente, à demolição da edificação ali erigida e decorrente retirada do entulho, ao pagamento de indenização já quantificada pelos analistas ambientais e confirmada no bojo do *decisum*, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, bem como às custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, cujo patamar está em consonância aos termos do artigo 20, § 3º, do CPC e à linha de entendimento desta Quarta Turma.

XI. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Trata-se de ação civil pública ajuizada em 15/02/2002 pelo Ministério Público Federal em face de Domingos Mendes,

com pedido de antecipação de tutela, objetivando a apuração de responsabilidade por dano ao meio ambiente, decorrente da inobservância da função socioambiental da propriedade, traduzida pela ocupação e posse irregulares de parcela de imóvel rural, Rancho São Domingos nº 70 (atual nº 604), Fazenda Campo Alegre, no Município de Jardinópolis/SP, mediante construção e manutenção de edificações e benfeitorias em mata ciliar, “rancho de lazer” erigido em Área de Preservação Permanente às margens do Rio Pardo, cujas ações antrópicas estão a impossibilitar a regeneração da vegetação natural existente. Destaca, ainda, ter sido celebrado Termo de Ajustamento de Conduta com a proprietária do terreno, a Usina Santo Antonio S/A, cujas parcelas de solo vêm sendo irregularmente ocupadas, a qual se comprometeu à retirada das edificações e, ainda, à completa recomposição ambiental da área, motivo pelo qual deixou de ser indicada à integração do pólo passivo, ante a ausência do interesse processual.

Sob tais fatos e fundamentos, pleiteia o autor, considerando a ocupação em Área de Preservação Permanente não poder ser legitimada ou autorizada, inclusive à luz da responsabilidade objetiva pela ocorrência do dano ambiental, bem como em razão de a retirada das construções não implicar maiores transtornos, tampouco violação ao direito à moradia, dada sua utilização primordial para lazer, seja condenado o demandado: a) à obrigação de fazer, consistente na recuperação da área de preservação permanente danificada em decorrência da ocupação, com adoção de práticas de adequação ambiental e técnicas a serem indicadas por técnico legalmente habilitado, mediante desocupação da Área de Preservação Permanente, demolição de qualquer construção existente, retirada do entulho e seu depósito em local apropriado, além da entrega e devida implantação de projeto de adequação ambiental elaborado por profissional devidamente habilitado, com cronograma de execução; b) à obrigação de não fazer, atinente à abstenção de proceder a novas ocupações, exploração ou supressão de qualquer tipo de vegetação, realizar ou permitir que se promova qualquer outra ação antrópica na Área de Preservação Permanente; c) ao pagamento de indenização a ser quantificada por perícia ou arbitramento, correspondente aos danos ambientais causados pela ocupação irregular, bem como em relação aos danos que se demonstrarem absolutamente irrecuperáveis no curso do processo, a ser recolhida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; d) à obrigação de fazer consistente na adoção de medidas compensatórias e mitigadoras dos danos que se comprovarem irreversíveis no curso do processo; e e) ao pagamento das custas e demais despesas processuais. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 em fevereiro de 2002.

Face ao reconhecimento da conexão, foram os autos remetidos ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ribeirão Preto (fls. 27/28).

Em sede de apreciação da antecipação dos efeitos da tutela, foi exarado o provimento de fls. 109/114, o qual deferiu a liminar pleiteada, ordenando ao réu que se abstinhasse de ocupar ou explorar a área sob sua posse, bem como suprimir qualquer vegetação, sob pena da multa diária de R\$ 1.000,00. Determinada, ainda, a intimação da União e do IBAMA para compor o pólo ativo da demanda (fl. 143).

A União requereu sua integração à lide na qualidade de litisconsorte ativo necessário, uma vez o objeto da demanda ser área de domínio público federal (fl. 131).

Devidamente citado, o réu apresentou contestação às fls. 148/165, sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade do “Ministério Público Estadual”, pois os bens da União devem ter sua defesa operada por meio do “Procurador da República”, aduzindo, ainda, a construção em mata ciliar ser anterior à edição do Código Florestal de 1965, donde exsurgiria a licitude da ocupação e a falta de interesse processual, bem como ter havido a violação à isonomia e irregular composição da relação jurídico-processual, pois não demandados os demais “vizinhos

rancheiros”, locatários ou arrendatários com construções em idêntica situação, ressaltando as Usinas da região utilizarem as margens do Rio Pardo para plantio de cana-de-açúcar e não terem sido autuadas pelos órgãos responsáveis, devendo ser trazidos aos autos todos os envolvidos. Argui, ainda, a ocorrência da prescrição, pois decorridos cerca de 37 anos desde a edição do Código Florestal. Quanto ao mérito, aduz o radicalismo do *Parquet* na promoção da proteção ao meio ambiente, em detrimento do lazer e moradia dos cidadãos da região, bem como não restarem comprovadas as alegações postas em sede da peça inaugural, ressaltando ter sempre primado pela conservação do terreno sobre o qual detém a posse. Argumenta não ser possível o atendimento do pleito atinente à derrubada da edificação, vedação a adentrar o imóvel ou remoção do plantio, pois implica “invasão das funções do Poder Executivo pelo Ministério Público”. Destaca o “rancho” ter sido construído com a anuência das autoridades e ser preexistente à aquisição da posse da área, de modo a não poder ser compelido à demolição de construção que não erigiu, impugnando a concessão da liminar e a fixação de multa diária. Manifesta sua anuência quanto ao pedido de reflorestamento, apresentando proposta quanto à recomposição ambiental, inclusive mediante contratação de técnico e elaboração de estudos completos. Por fim, requer a revogação da liminar, a extinção do feito sem apreciação do mérito ou, caso assim não se entenda, a total improcedência da ação.

Réplica do MPF às fls. 186/192 e da União às fls. 196/200.

Foram as partes instadas à especificação de provas (fls. 226/228), manifestando-se o réu pela produção de prova testemunhal e juntada de estudos técnicos, requerendo o MPF fosse realizada nova constatação no local por meio do Oficial de Justiça (fl. 233) e informando a União não ter provas a produzir (fl. 238).

Veio aos autos o IBAMA, às fls. 240/248, requerendo sua integração ao pólo ativo da lide na qualidade de assistente simples e delimitando sua manifestação aos aspectos técnicos da recuperação ambiental.

Realizada audiência de tentativa de conciliação, restou prejudicada em razão da ausência do réu, de seu procurador e do representante do IBAMA (fl. 287), sendo na ocasião deferida a expedição de mandado de vistoria e constatação para se aferir a atual situação da área objeto da demanda (fls. 292/301).

Fixado prazo para apresentação de alegações finais (fl. 308), manifestaram-se apenas a União (fls. 312/319) e o Ministério Público Federal (fls. 321/323).

Conclusos os autos, sobreveio *sentença julgando procedente a ação*, condenando o réu à desocupação da Área de Preservação Permanente e demolição de toda edificação e construção existente, bem como ao pagamento de indenização pecuniária em razão dos danos causados pela ocupação irregular, no importe de R\$ 188,40, a ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, além das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (fls. 326/341).

O réu apresentou apelação (fls. 343/351), arguindo a desproporcionalidade do provimento, ante a possibilidade de se deferir a compensação ambiental em favor do direito social à moradia e ao lazer, ressaltando de nada adiantar preservar o meio ambiente se dele o homem não puder usufruir, daí advindo a desnecessidade de demolição das edificações. Sustentou, ainda, a inexistência do nexo causal para fins de sua responsabilização, pois não construiu o “rancho”, reiterando a anuência declinada na contestação quanto à recomposição ambiental e plantio de mudas nativas, pugnano pela integral reforma do *decisum*.

Com contrarrazões do MPF (fls. 364/384) e da União (fls. 391/395), subiram os autos a esta E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, nesta instância, manifestou-se pelo desprovimento ao apelo (fls. 399/408).

É o relatório. À Doutra revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): 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, às quais devem somar-se as normas materialmente protetoras dos direitos difusos e coletivos, tutela patrimonial e moral, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da legislação de resguardo 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)

Para a utilização de tal meio processual, destinado à tutela dos direitos transindividuais, o ordenamento pátrio dota de legitimação ativa os entes elencados no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública - LACP, transferindo a estes a capacidade processual para postulação e atuação em juízo, os quais não defendem direito próprio, mas de titularidade da coletividade, anunciando a doutrina em uma espécie “autônoma” de legitimidade para a condução do processo, a qual, todavia, aproxima-se da extraordinária, concorrente e disjuntiva. A esse respeito, destaque-se, *e.g.*, a independência entre os legitimados, os quais não precisam da anuência do outro para a propositura da ação, bem como a hipótese de desistência infundada ou abandono por associação legitimada, na qual o Ministério Público ou outro legitimado pode assumir a titularidade ativa, evidenciando-se o caráter coletivo e indisponível dos bens e direitos tutelados por tal via processual.

De se ressaltar, dentre os legitimados ativos, deter o *Ministério Público* maiores prerrogativas de atuação, decorrentes inclusive do preceito normativo contido no artigo 129, § 1º, III, da Carta Magna, cuja presença na demanda é obrigatória, pois no caso de não intervir no processo como parte, deverá nela agir como fiscal da lei, podendo ainda instaurar inquérito civil, requisitar certidões, informações, exames ou perícias de entes públicos ou privados, atribuições não conferidas aos demais legitimados. Eis o teor do disposto no artigo 5º da Lei nº 7.347/85:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

§ 1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Em vista da importância e abrangência da natureza do direito tutelado, seu objetivo deve preservar o interesse difuso ou coletivo posto na causa, motivo pelo qual certa maleabilidade é necessária à busca da solução materialmente apropriada, especialmente mediante imposição de obrigações de fazer ou não fazer, para fins de obtenção do direito em si, tutela específica ou resultado prático equivalente e, não apenas tutela ressarcitória de direitos coletivos, a qual, em verdade, deve ser uma das últimas opções, para os casos de efetiva irreversibilidade fática ou perda peremptória do objeto pleiteado, quando as tutelas administrativa e judicial não puderem socorrer o direito supraindividual em tempo de ser preservado *in natura*.

No tocante à *proteção ao meio ambiente* (artigo 1º, I, da LACP), registre-se deter *status* constitucional, a teor do disposto no artigo 225 da Lei Maior, estando os agentes infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sujeitos a sanções civis, penais e administrativas, cuja incidência pode ser *cumulativa*, ante sua autonomia. Confira-se:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(*omissis*)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Tal disposição no âmbito constitucional recepcionou a proteção anteriormente existente na esfera da legislação ordinária, destacando-se, *e.g.*, o Código Florestal e a Política Nacional do Meio Ambiente, Leis nº 4.771/1965 e nº 6.938/1981 com suas posteriores alterações, ressaltando-se a recente revogação do Código de 1965 com a edição da Lei nº 12.651/2012.

Consigne-se a dimensão ambiental permear o primado do devido uso da propriedade, configurando a chamada função socioambiental, nos termos do artigo 1.228, § 1º, do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Registre-se que a tutela ambiental também pesquisa e apura a responsabilidade objetiva dos agentes causadores de dano a tal patrimônio, consoante determinação expressa do artigo

4º, inciso VII, c/c artigo 14, § 1º, ambos da citada Lei nº 6.938/1981, além do artigo 2º do atual Código Florestal, *verbis*:

Lei nº 6.938/1981:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(*omissis*)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art. 14. (*omissis*)

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Lei nº 12.651/2012:

Art. 2º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º. Na utilização e exploração da vegetação, as ações ou omissões contrárias às disposições desta Lei são consideradas uso irregular da propriedade, aplicando-se o procedimento sumário previsto no inciso II do art. 275 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e das sanções administrativas, civis e penais.

Disto decorre, portanto, a obrigatoriedade do uso consciente da propriedade, consoante sua função social em amplo aspecto, impondo-se ao agente causador do dano ambiental o dever de reparar ou indenizar pelos prejuízos sucedidos independentemente de culpa, bastando a tanto a comprovação de ação ou omissão, a ocorrência do dano e o nexo causal entre ambos, sendo despidendo inclusive perquirir a respeito da licitude da atividade desenvolvida, incidindo na espécie a Teoria do Risco Integral para o fim de impor a reparação tanto *in natura* quanto em pecúnia.

Lembre-se, ainda, o Direito Ambiental brasileiro igualmente não socorre o agente que ocupa determinada área depois de sua degradação para dela se beneficiar, pois as obrigações ambientais são *propter rem*, destacando-se o atual Código Florestal, a citada Lei nº 12.651/2012, ter ido ainda mais longe em seu escopo protecionista, ao preceituar, em seu artigo 2º, § 2º, que “as obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”, qualificando-as como “limitações administrativas reais”, ou seja, estatuinto as hipóteses legais de uso permitido serem *numerus clausus* e, portanto, impassíveis de ampliação pela via administrativa ou judicial.

Ademais, a responsabilização pelo dano ambiental e correlata aplicação de penalidade, no âmbito administrativo, dar-se nos termos dos artigos 70 e 72 da Lei nº 9.605/1998, a seguir transcritos, dentre outros dispositivos especialmente aplicáveis a depender da realidade fática aferida e sem prejuízo das demais penas cumulativas cabíveis:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X - (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

Postas tais premissas, passo à análise do caso dos autos.

Não merecem guarida as *preliminares* suscitadas pelo apelante.

Em relação à *legitimidade do Ministério Público Federal* para a presente ação civil pública, o tema não comporta maiores digressões, pois está expressamente prevista no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, detendo o representante do MPF *legitimatio* para a defesa do meio ambiente (artigo 1º, I, do mesmo diploma legal), *in casu*, Área de Preservação Permanente Ciliar às margens do Rio Pardo. Destaque-se não ter sido a demanda proposta pelo *Parquet* Estadual, tampouco haver litisconsórcio entre as esferas ministeriais estadual e federal, ao revés do argüido pelo réu.

Anote-se, em complemento, ser de *competência da Justiça Federal* a apreciação do presente feito, pois o curso fluvial do rio nasce em Minas Gerais, na região da Serra do Cervo, e adentra ao Estado de São Paulo, donde é considerado rio federal, nos termos do disposto no artigo 20, inciso III, da CF/88, ensejando, portanto, a competência da Justiça Federal.

Igualmente não prospera a argüição de *ausência de interesse processual*, em virtude de as “construções serem anteriores à vigência do Código Florestal”, pois não existe o surreal “direito adquirido à degradação ao meio ambiente”. Do mesmo modo, na hipótese de se tratar de edificação anterior à legislação regulamentadora da proteção ao meio ambiente, o fato não é hábil a afastar a responsabilidade do réu, tampouco a descaracterizar o dano: “Até porque se se pudesse falar em ‘anterioridade’, ela deveria beneficiar a boa qualidade do meio ambiente, que sem dúvida precedeu toda a instalação fonte de danos e agressões ambientais, sendo de todo inadmissível pretender que a existência e a repetição de emissões poluentes em certo local, mesmo ao longo de seguidos anos, determine a sorte de toda uma região e comprometa indefinidamente, para o futuro, o destino do meio ambiente e da qualidade de vida da população.” (Álvaro Luiz Valery Mirra, *in Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 116).

Como consignado, “a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem* (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes. (REsp 926.750/

MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; em igual sentido, entre outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011)”.
Colaciono, ainda, as ementas seguir:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. *DANO AMBIENTAL. DEVER DE REPARAÇÃO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. INDENIZAÇÃO EM FACE DAS RESTRIÇÕES ECONÔMICAS. SÚMULA 7/STJ. 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. Esta Corte Superior tem entendimento sedimentado no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. 3. Por esse motivo, descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição.*

(...)

Agravo regimental improvido. (destaques aditados)

(STJ, AGREsp 1206484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, v.u., DJe 29/03/2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. ÁREA DE RESERVA LEGAL EM PROPRIEDADE RURAL. DEMARCAÇÃO, AVERBAÇÃO E RESTAURAÇÃO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. OBRIGAÇÃO EX LEGE E PROPTER REM, IMEDIATAMENTE EXIGÍVEL DO PROPRIETÁRIO ATUAL. VIOLAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INOCORRÊNCIA. 1. *A obrigação do atual proprietário pela reparação dos danos ambientais, ainda que não tenha sido ele o responsável pelo desmatamento, é propter rem, ou seja, decorrente da relação existente entre o devedor e a coisa, independente das alterações subjetivas.* Dessa forma, é transferida do alienante ao novo proprietário a obrigação de demarcar e averbar no registro de imóvel a reserva legal instituída no artigo 16 do Código Florestal, não resultando disso violação qualquer do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. 2. Agravo regimental improvido. (destaques aditados)

(STJ, ADREsp 1203101, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, v.u., DJe 18/02/2011)

Este entendimento foi inclusive consolidado no atual Código Florestal, a Lei nº 12.651/2012, que em seu artigo 7º preceitua a sucessão da propriedade ou da posse por ato *inter vivos* implicar a transferência do dever de preservar e até mesmo de restaurar o patrimônio ecológico eventualmente degradado. Eis o teor do indigitado dispositivo:

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

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

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

Quanto à alegação da necessidade de todos os “envolvidos” integrarem a lide, a assertiva não tem fundamento algum, porque não se cuida de litisconsorte necessário. O MPF, como noticiou nos autos, ajuizou contra outros possuidores de “ranchos” em situação similar à do demandado estão sendo devidamente acionados pelo Ministério Público, informação que se confirma mediante consulta ao sistema informatizado da Justiça Federal da 3ª Região e desta Corte Regional. Em se tratando de litisconsorte facultativo, incumbe ao MPF adotar critério conforme sua conveniência, no caso parece estar atrelado à localização física dos lotes, ao andamento do inquérito civil, além da fluidez na própria instrução processual.

Passo ao exame do *mérito*.

Inicialmente não se fala em *prescrição ambiental*. Justamente o tempo é o elemento mais voraz da depredação, em atos sucessivos as condutas se repetem e se reiteram, persistindo a responsabilidade do proprietário ou possuidor de área degradada quanto à obrigação de realizar a recuperação ambiental.

A conduta que degrada ou suprime vegetação natural, legalmente protegida, configurar não só ilícito civil e administrativo, como também crime instantâneo de efeitos permanentes, consumando-se com a destruição do meio ambiente de modo continuado no decorrer do tempo (Lei nº 9.605/98), passível de denúncia ante tal resultado.

Nesse sentido, colaciono o entendimento do C. STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. OMISSÕES. AUSÊNCIA. MEIO AMBIENTE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. ARESTO RECORRIDO. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 126/STJ.

(omissis)

2. O aresto impugnado perfilha o mesmo entendimento desta Corte, o qual considera que as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado e que as ações de pretensão de cessação de danos ambientais é imprescritível. Precedentes. 3. O Tribunal a quo entendeu razoável a demolição do imóvel situado na Praia de Taquaras com base em dispositivos da Constituição da República - arts. 216, 225 e 170, incisos III e VI, bem assim após minuciosa ponderação dos princípios e postulados constitucionais abrangidos na lide - direito à moradia e ao meio ambiente, função social da propriedade e precaução. No entanto, não se constata a interposição do competente recurso extraordinário, impondo a incidência da Súmula 126/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (destaques adotados)

(STJ, REsp 1223092, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, v.u., DJE DATA: 04/02/2013)

Versa o presente caso sobre a *proteção a Área de Preservação Permanente situada em mata ciliar*, na qual o réu mantém a posse de edificação rústica, popularmente conhecida como “rancho”.

Impende registrar serem fatos incontroversos nos autos: a) a proprietária das terras objeto da ação civil pública ser a Usina Santo Antonio S/A, consoante registro perante o Cartório de Imóveis da Comarca de Jardinópolis (fls. 95/99v); b) ter havido a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com a proprietária, pelo qual a compromissária reconheceu a existência de construções feitas por terceiros posseiros na área e se comprometeu à recuperação do meio ambiente, consoante as obrigações pactuadas (fls. 90/93), dentre as quais se pode destacar a integral recuperação ambiental com demolição das edificações e observância dos estudos técnicos já realizados para o terreno; c) ter sido oportunizada ao réu, Domingos Mendes, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta mas, por ele recusado (fls. 88/89).

A análise dos preceitos cominatórios pleiteados pelo Ministério Público Federal através da presente ação pressupõe o exame fático da realidade em consonância à *legislação norteadora do tema*, de modo que entendo oportuno trazer à colação os pertinentes regramentos.

A delimitação e regulamentação da Área de Preservação Permanente (APP) foram inicialmente tratadas pelo artigo 2º da Lei nº 4.771/1965, antigo Código Florestal, com as alterações perpetradas pela Lei nº 7.803/1989, que assim dispunha:

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

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

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

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

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

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

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

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

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

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

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

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

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

i) nas áreas metropolitanas definidas em lei.

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

Com a edição da Lei nº 12.651/2012, em 25/05/2012, atual Código Florestal, sobreveio nova regulamentação do tema. No entanto, quanto à conceituação e delimitação das Áreas de Preservação Permanente, restaram mantidos os mesmos moldes da legislação precedente no tocante às faixas marginais dos leitos fluviais, consoante a seguir transcrito:

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

(omissis)

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

(omissis)

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

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscientos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscientos) metros;

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

- a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
- b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

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

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

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

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

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

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

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

XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

§ 1º Não será exigida Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais de água que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais. § 2º (Revogado).

§ 3º (VETADO).

§ 4º Nas acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare, fica dispensada a reserva da faixa de proteção prevista nos incisos II e III do *caput*, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 5º É admitido, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, de que trata o inciso V do art. 3º desta Lei, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre.

§ 6º Nos imóveis rurais com até 15 (quinze) módulos fiscais, é admitida, nas áreas de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo, a prática da aquicultura e a infraestrutura física diretamente a ela associada, desde que:

- I - sejam adotadas práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, garantindo sua qualidade e quantidade, de acordo com norma dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente;
- II - esteja de acordo com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos.
- III - seja realizado o licenciamento pelo órgão ambiental competente;
- IV - o imóvel esteja inscrito no Cadastro Ambiental Rural - CAR.
- V - não implique novas supressões de vegetação nativa.

O mesmo diploma legal, a Lei nº 12.651/2012, fixou o regime de proteção das Áreas de Preservação Permanente, assim regulado pelos artigos 7º a 9º:

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

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

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

§ 3º. No caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações previstas no § 1º.

Art. 8º. A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º. A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2º. A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do *caput* do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

§ 3º. É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

§ 4º. Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.

Art. 9º. É permitido o acesso de pessoas e animais às Áreas de Preservação Permanente para obtenção de água e para realização de atividades de baixo impacto ambiental.

Especialmente quanto à Área de Preservação Permanente Ciliar (APPC), não é admissível qualquer tipo de uso ou exploração sem a necessária intervenção e autorização dos órgãos ambientais, pois detém notória e ímpar importância no equilíbrio ambiental, pois a formação vegetal situada às margens de rios, além de nascentes, córregos, riachos, charcos, lagos e estuários, contribui para a integridade e estabilidade ambientais, assegurando não só a higidez do leito hídrico e do solo da bacia, como igualmente a formação de áreas propícias para a sobrevivência e reprodução das espécies vegetais e animais, além de atenuar a devastação causada pelos próprios agentes naturais, a exemplo das enchentes.

A delimitação do uso de tais terrenos pelo legislador objetivou, portanto, evitar a ocorrência de desequilíbrio irreparável ao ecossistema, mediante proteção dos recursos hídricos, da biodiversidade, da fauna e da flora.

Consigne-se sobre a *mens legis*, ainda, o resguardo da mata ciliar estar no ápice da proteção ambiental, sendo qualificada pela doutrina ambientalista como território *non aedificandi*, ou seja, não passível de exploração econômica direta, desmatamento ou ocupação humana, salvo as raras, excepcionais e taxativas ressalvas legais atinentes às hipóteses de utilidade pública, interesse social e intervenção de baixo impacto, as quais estão sujeitas a rígido procedimento de licenciamento administrativo, como nos casos da exploração agropecuária, plantio ou replantio, limpeza e carpina, construção ou manutenção de edificações e inserção de equipamentos de lazer.

Assim, a ocupação desordenada das Áreas de Preservação Permanente ao longo do tempo, em especial às margens dos leitos fluviais, para fins de lazer e socialização, começou a descaracterizar o meio ambiente, impedindo a regeneração da própria natureza, única forma de evitar a falência do eco-sistema. Disto se infere que as ações para deter imediatamente a depredação é para hoje, sob pena de irreparável e irreversível dano ao ambiente, a cada dia que passa.

Para o fim de subsumir a realidade dos autos à legislação e ponderações ora declinadas, mister se proceder à devida *caracterização da área* objeto da ação civil pública.

Nesse passo, registre tratar-se de parcela de imóvel rural, Rancho São Domingos nº 70 (atual nº 604), Fazenda Campo Alegre, no Município de Jardinópolis/SP, consistente em edificação, plantações e respectivo terreno, localizados às margens do Rio Pardo.

Como já consignado, o Rio Pardo nasce na região centro-sul de Minas Gerais (Serra do Cervo) e adentra o estado de São Paulo pelo município de Caconde, passando por diversos municípios, destacando-se São José do Rio Pardo, Mococa, Jardinópolis, Ribeirão Preto, Sertãozinho, Viradouro e Barretos, dentre outros, até desembocar no Rio Grande, divisa entre os citados Estados. Seu curso total é de 573 km e sua largura na região de Jardinópolis, área objeto da presente demanda, está em torno de 200 m, chegando a 300 m na região de Barretos.

Sobre o terreno marginal ao Rio Pardo foi erigida edificação simples e rústica, a qual vem sendo mantida pelo réu, assim discriminada no laudo pericial emitido em 16/04/2000 pela Secretaria do Meio Ambiente (Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e Proteção de Recursos Naturais, Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais), colacionado às fls. 62/74:

A propriedade localiza-se em área rural do município de Jardinópolis, às margens do Rio Pardo. A posição geográfica da área autuada é S 21° 03' 44,1" e W 47° 52' 21,9". Trata-se de um Rancho, com atividade de lazer, situado totalmente em área de preservação permanente (faixa marginal do rio). Observou-se também que a área do lote é cortada por um canal. Em frente à propriedade há um carreador de acesso (com 5m de largura) também em área de preservação. O tipo de formação florestal da região pode ser caracterizado por Floresta Estacional Semi-decidual, uma das formações da Mata Atlântica.

O rancho possuído pelo apelante totaliza cerca de 30 m² de área construída relativa à edificação em alvenaria, além do entorno no qual realizou plantios, pois se verificou por ocasião da fiscalização uma área de 50 m² próxima à construção ter sido roçada e comportar plantações, constatando-se ao longo do terreno plantio de culturas como mamona, bananeira,

mangueira e jambolão, além de um pequeno depósito de areia.

Consta do laudo tal ocupação estar integralmente situada em Área de Preservação Permanente (APP), consistente em faixa marginal do Rio Pardo, a qual também é considerada Reserva Ecológica, pois *localizada a 30 metros da margem fluvial*, configurando causa de impedimento à regeneração natural da vegetação. As autoridades registraram, ainda, ter sido a construção embargada, com fulcro nos artigos 14, IV, da Lei nº 6.938/81 e 195, parágrafo único, da CF/88, mas, inobstante, ter sido a edificação concluída.

Tais informações foram devidamente ratificadas por ocasião das diligências realizadas no decorrer processual, consubstanciadas em Autos de Vistoria e Constatação, colacionados às fls. 121/126 e 292/301 verificando-se, ainda, a existência de cultura de cana-de-açúcar, limoeiro, mandioca, dentre outros.

Com efeito, nos termos do artigo 2º, “a”, item 3, da Lei nº 4.771/1965, e artigos 3º e 4º, I, “c”, da Lei nº 12.651/2012, supratranscritos, constituem Área de Preservação Permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto, em faixa marginal, cuja largura mínima será de 100 metros para os cursos d’água que tenham entre 50 e 200 metros de largura.

De conseguinte, detendo o Rio Pardo cerca de 200 metros de largura naquela região, deve ser observada a Área de Preservação Permanente Ciliar de no mínimo 100 metros, daí advindo a ilegalidade da ocupação a 30 metros da margem do curso fluvial.

Portanto, a partir do cotejo da realidade fática aos fundamentos e regramentos declinados, *constata-se a violação à legislação de proteção ambiental por parte do réu apta à sua responsabilização pelos danos ao meio ambiente*, a impor o dever de reparação, pois a faixa ocupada não é passível de exploração, edificação, supressão de vegetação ou qualquer outra intervenção humana. Importa consignar que em nada melhora o meio ambiente plantações realizadas sem qualquer estudo de impacto à área ribeirinha.

Tampouco se verificam presentes quaisquer das hipóteses excepcionais de uso autorizado pelos órgãos de proteção ambiental, taxativamente previstas na legislação, adstritas à utilidade pública e interesse social ou ao baixo impacto, vedada, de igual sorte, a compensação (artigos 7º a 9º da Lei nº 12.651/2012).

Lembre-se que já preceituava o Código Florestal de 1965, em regra mantida pelo atual Código de 2012, não poder o agente que constrói em APP, seja para sua moradia ou lazer, reclamar em seu favor a “exceção da utilidade pública ou interesse social”, pois tal hipótese não se enquadra em quaisquer das exceções legais, além de não evidenciar a “inexistência de alternativa técnica e locacional” à atividade ou empreendimento proposto (artigo 2º, VIII, “e”, IX, “g”).

Nem se diga ser hipótese de se considerar a ocupação como “atividade de baixo impacto ambiental” (artigo 3º, X, da Lei nº 12.651/2012), a demandar avaliação sob a perspectiva de que a construção não causaria dano de grande monta ao meio ambiente, pois a se permitir ao réu manter seu “pequeno rancho” às margens fluviais, estaria sendo em decorrência autorizado a todos os possuidores da região ali erigirem suas “inofensivas” edificações, cujo conjunto de ações importaria na completa ruína do patrimônio ambiental legalmente resguardado.

Ressalte-se que a mata ciliar, no aspecto técnico-ambiental, configura-se como floresta ou comunidade florestal densa quando ocorrente na faixa marginal de cursos e reservatórios d’água, sendo assim uma faixa contínua, sem barreiras ao fluxo gênico (animais, sementes) e que, mantém a sustentabilidade desta. Daí exsurge, portanto, sua recuperação dever ocorrer,

de igual modo, *em faixa contínua*, marginal ao curso fluvial e sem barreiras a tal fluxo gênico, tornando imperioso impor a todos os possuidores de edificações em Áreas de Preservação Permanente a obrigação de sua demolição para se permitir a regeneração homogênea do terreno marginal ao curso fluvial, *in casu* o Rio Pardo.

O interesse público e coletivo se sobrepõe à pretensa alegação de situação consolidada de ocupação de Área de Preservação Permanente, pois a desocupação, demolição e remoção das edificações é ação positiva a afastar a tese “deixa assim”, preservando-se as gerações futuras a terem.

Não há nenhuma “razoabilidade e proporcionalidade” para condutas individuais praticadas sem qualquer autorização por parte das autoridades administrativas e dos analistas ambientais para que fossem construídos os ranchos, os quais se encontram *ab initio* em situação irregular.

Em verdade, a ocupação de terreno consolidado como Área de Preservação Permanente Ciliar afronta literal disposição dos regramentos atinentes à tutela do meio ambiente, tanto que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando posição incisiva nesse sentido, consoante se depreende da ementa a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CASAS DE VERANEIO (“RANCHOS”). LEIS 4.771/65 (CÓDIGO FLORESTAL DE 1965), 6.766/79 (LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO) E 6.938/81 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). DESMEMBRAMENTO E LOTEAMENTO IRREGULAR. VEGETAÇÃO CILIAR OU RIPÁRIA. CORREDORES ECOLÓGICOS. RIO IVINHEMA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NULIDADE DA AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA, NO DIREITO BRASILEIRO, DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL TÁCITA. PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE OFÍCIO DE LICENÇA E DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PRECEDENTES DO STJ. 1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ambiental movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra proprietários de 54 casas de veraneio (“ranchos”), bar e restaurante construídos em Área de Preservação Permanente - APP, um conjunto de aproximadamente 60 lotes e com extensão de quase um quilômetro e meio de ocupação da margem esquerda do Rio Ivinhema, curso de água com mais de 200 metros de largura. Pediu-se a desocupação da APP, a demolição das construções, o reflorestamento da região afetada e o pagamento de indenização, além da emissão de ordem cominatória de proibição de novas intervenções. A sentença de procedência parcial foi reformada pelo Tribunal de Justiça, com decretação de improcedência do pedido. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CILIAR 2. Primigênio e mais categórico instrumento de expressão e densificação da “efetividade” do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, a Área de Preservação Permanente ciliar (= APP ripária, ripícola ou ribeirinha), pelo seu prestígio ético e indubitável mérito ecológico, corporifica verdadeira trincheira inicial e última - a bandeira mais reluzente, por assim dizer - do comando maior de “preservar e restaurar as funções ecológicas essenciais”, prescrito no art. 225, *caput* e § 1º, I, da Constituição Federal. 3. Aferrada às margens de rios, córregos, riachos, nascentes, charcos, lagos, lagoas e estuários, intenta a APP ciliar assegurar, a um só tempo, a integridade físico-química da água, a estabilização do leito hídrico e do solo da bacia, a mitigação dos efeitos nocivos das enchentes, a barragem e filtragem de detritos, sedimentos e poluentes, a absorção de nutrientes pelo sistema radicular, o esplendor da paisagem e a própria sobrevivência da flora ribeirinha e fauna. Essas funções multifacetárias e insubstituíveis elevam-na ao *status* de peça fundamental na formação de corredores ecológicos, elos de conexão da biodiversidade,

genuínas veias bióticas do meio ambiente. Objetivamente falando, a vegetação ripária exerce tarefas de proteção assemelhadas às da pele em relação ao corpo humano: faltando uma ou outra, a vida até pode continuar por algum tempo, mas, no cerne, muito além de trivial mutilação do sentimento de plenitude e do belo do organismo, o que sobra não passa de um ser majestoso em estado de agonia terminal. 4. Compreensível que, com base nessa *ratio* ético-ambiental, o legislador caucione a APP ripária de maneira quase absoluta, colocando-a no ápice do complexo e numeroso panteão dos espaços protegidos, ao prevê-la na forma de superfície intocável, elemento cardeal e estruturante no esquema maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por tudo isso, a APP ciliar qualifica-se como território *non aedificandi*. Não poderia ser diferente, hostil que se acha à exploração econômica direta, desmatamento ou ocupação humana (com as ressalvas previstas em lei, de caráter totalmente excepcional e em *numerus clausus*, v.g., utilidade pública, interesse social, intervenção de baixo impacto). 5. Causa dano ecológico *in re ipsa*, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem, fora das exceções legais, desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação *propter rem* de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva. Precedentes do STJ. LICENCIAMENTO AMBIENTAL 6. Se é certo que em licença, autorização ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ao Administrador, quando implementa a legislação ambiental, incumbe agregar condicionantes, coações e formas de mitigação do uso e exploração dos recursos naturais - o que amiúde acontece, efeito de peculiaridades concretas da biota, projeto, atividade ou empreendimento -, não é menos certo que o mesmo ordenamento jurídico não lhe faculta, em sentido inverso, ignorar, abrandar ou fantasiar prescrições legais referentes aos usos restritivos que, por exceção, sejam admitidos nos espaços protegidos, acima de tudo em APP. 7. Em respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental criar direitos de exploração onde a lei previu deveres de preservação. Pela mesma razão, mostra-se descabido, qualquer que seja o pretexto ou circunstância, falar em licença ou autorização ambiental tácita, mormente por quem nunca a solicitou ou fê-lo somente após haver iniciado, às vezes até concluído, a atividade ou o empreendimento em questão. Se, diante de pleito do particular, o Administrador permanece silente, é intolerável que a partir da omissão estatal e do nada jurídico se entreveja salvo-conduto para usar e até abusar dos recursos naturais, sem prejuízo, claro, de medidas administrativas e judiciais destinadas a obrigá-lo a se manifestar e decidir. 8. Embora o licenciamento ambiental possa, conforme a natureza do empreendimento, obra ou atividade, ser realizado, conjunta ou isoladamente, pela União, Distrito Federal e Municípios, não compete a nenhum deles - de modo direto ou indireto, muito menos com subterfúgios ou sob pretexto de medidas mitigatórias ou compensatórias vazias ou inúteis - dispensar exigências legais, regulamentares ou de pura sabedoria ecológica, sob pena de, ao assim proceder, fulminar de nulidade absoluta e insanável o ato administrativo praticado, bem como de fazer incidir, pessoalmente, sobre os servidores envolvidos, as sanções da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (arts. 66, 67 e 69-A) e da Lei da Improbidade Administrativa, às quais se agrega sua responsabilização civil em regime de solidariedade com os autores diretos de eventual dano causado. HIPÓTESE DOS AUTOS 9. O Recurso Especial em questão debate, entre outros pontos, os efeitos da suspensão de ofício da Licença de Operação 12/2008, emitida pelo órgão ambiental do Estado de Mato Grosso do Sul e incorporada às razões de decidir do acórdão recorrido. Nos Embargos de Declaração, o *Parquet* suscita, de maneira expressa, a suspensão de ofício da licença concedida, bem como diversas outras omissões. Em resposta, o respectivo acórdão limita-se a apontar pretensão supostamente infringente, sem examinar as impugnações, todas pertinentes para o deslinde da controvérsia. Por essa razão, vislumbro ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes do STJ em situações análogas. 10. Recurso Especial parcialmente provido para anular o acórdão dos Embargos de Declaração. (STJ, REsp 1245149, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, v.u., DJe 13/06/2013)

Por fim, registre-se a hipótese de desmatamento, ocupação ou exploração de Área de Preservação Permanente, bem como a supressão de vegetação ou impedimento à sua regeneração em tais terrenos, configurar dano ecológico *in re ipsa*, ou seja, dano que dispensa até mesmo prova técnica de lesividade específica, ensejando a obrigação *propter rem* de restaurar a plenitude ambiental, indenizar pela degradação e igualmente terceiros afetados, sob a sistemática da responsabilidade civil objetiva, como inicialmente consignado.

Diante dos fundamentos ora expendidos, considerando não só a existência de dano ambiental *in re ipsa*, como estando a degradação igualmente demonstrada nos autos, restam comprovados os elementos hábeis à responsabilização do réu, quais sejam, conduta lesiva, ocorrência do dano e configuração do nexo de causalidade, tornando de rigor reconhecer a responsabilidade do apelante pelo prejuízo ambiental causado, impondo-se o consequente dever de indenizar, tal qual declinado pelo Juízo *a quo*, na esteira da legislação norteadora do tema e do entendimento assente na Corte Superior.

Por derradeiro, convém ponderar que os termos da *condenação do apelante*, relativamente ao dano ao patrimônio ambiental, é incompatível com a proposta de “acordo para perpetuação da posse” apresentada pelo réu. Além de violar a legislação legal, afronta o direito indisponível da coletividade e concernente a bem de propriedade da União, insuscetível inclusive da chamada prescrição aquisitiva ou usucapião (Súmula 340 do STF).

Sem dúvida a intenção do MPF a buscar uma solução conciliatória na fase administrativa, no sentido de requisitar estudos para o fim de averiguar a possibilidade de poupar as construções erigidas ao longo dos anos na região, foi uma tentativa elogiável. Porém, todos os fundamentos declinados e os resultados face dos trabalhos apresentados pelos técnicos do IBAMA, foram conclusivos no sentido de que a manutenção das edificações é incompatível com regeneração do meio ambiente e, constitui óbice à implantação de qualquer plano de recuperação da área degradada (fls. 65/67; Plano de Recuperação de Área Degradada - PRAD, IBAMA, fls. 249/257).

Requeru ainda o réu em seu favor a aplicação dos artigos 5º, XLII e XLIV, 6º e 109, I, da CF/88, artigo 107, IV, do CP, artigo 12 da LACP e artigo 2º da Lei nº 8.437/92, todavia a interpretação de tais dispositivos e precedentes dever ser harmonizada à dos demais normativos concernentes ao tema e ao atual posicionamento de nossos Tribunais, na forma supra exarada.

Note-se, ainda, tanto o Juízo de origem como o MPF terem primado pela busca de uma solução equânime do litígio (fls. 226/228, 262/267), pois não sendo o direito indisponível passível de transação, procurou-se obter um mínimo consenso quanto ao prazo e forma de restituição da área, inclusive mediante a designação de audiência de tentativa de conciliação. Lamentavelmente muitos insistem em colocar os interesses pessoais acima do interesse comum mas, para nós, a recuperação do Rio Pardo deve prevalecer em prol do bem comum.

Diante do contexto, há de se prover a pretensão à proteção integral do meio ambiente tal qual formulada pelo autor, mediante imposição de obrigações de fazer, não fazer e indenizar, cuja cominação cumulativa é plenamente admitida, nos termos do já transcrito artigo 225, § 3º, da CF/88 e, assim, amplamente reconhecida por toda a doutrina e jurisprudência. A título ilustrativo, colaciono o julgado a seguir, da Superior Corte:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL E DO POLUIDOR-PAGADOR. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO).

POSSIBILIDADE. NATUREZA *PROPTER REM.* ART. 3º DA LEI 7.347/1985. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL. 1. *A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza propter rem. Precedentes: REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 10/8/2010; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 15/2/2011; AgRg no REsp 1170532/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 24/8/2010; REsp 605.323/MG, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18/8/2005, entre outros.* 2. Recurso Especial parcialmente provido para que se reconheça a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal *a quo* para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe o eventual *quantum debeatur*.” (destaques aditados)
(STJ, REsp 1164587, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, v.u., DJe 13/04/2012)

Consigne-se ter se formulado na peça inaugural pleito para apresentação de estudo técnico e, conseqüente implantação do projeto de recuperação ambiental a sentença dele não cuidou. No entanto, restando esse encargo já assumido pela proprietária do terreno, a Usina Santo Antonio S/A, por ocasião da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, daí se afere não haver qualquer prejuízo à integral restauração do patrimônio ambiental.

Cuidando-se no caso de apelo exclusivo do réu, tenho pela manutenção de todos os termos da sentença de procedência da ação civil pública, quais sejam, a condenação do réu Domingos Mendes: a) à desocupação da Área de Preservação Permanente; b) à demolição da edificação ali erigida, Rancho São Domingos nº 70 (atual nº 604) com a retirada do entulho; c) ao pagamento de indenização já quantificada pelos analistas ambientais e confirmada no bojo do *decisum*, no total de R\$ 188,40 (abril/2000), devidamente atualizada, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos; e d) às custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, cujo patamar se encontra em consonância aos termos do artigo 20, § 3º, do CPC e à linha de entendimento desta Quarta Turma.

Isto posto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002779-77.2002.4.03.6000

(2002.60.00.002779-7)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL E SINDICATO DOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - SINPRF/MS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: ApelReex 1275795

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELTRÔNICO 01/10/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DO TCU. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. SERVIDOR. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE OU PERICULOSIDADE. LEI Nº 8.112/90, ARTS. 68 A 70. LEI Nº 8.270/91, ART. 12. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA. LAUDO. DECRETO Nº 97.458, DE 11.01.89. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. PAGAMENTO DECORRENTE DE ERRÔNEA INTERPRETAÇÃO OU MÁ APLICAÇÃO DA LEI. DESCABIMENTO. JUROS. LEI Nº 11.960/09. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Afastada a incompetência do Juízo *a quo* arguida pela União, porquanto tal alegação conflita com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (CR, art. 5º, XXXV). Nesse quadro, do fato de o ressarcimento do adicional de periculosidade ter sido determinado pelo Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 315/2001, não se segue a vinculação do pronunciamento jurisdicional àquela decisão.

2. Para fazer jus aos adicionais de insalubridade ou de periculosidade deve ser comprovada a situação de habitualidade e contato permanente com substâncias nocivas ou com risco de vida, nos termos do art. 68 da Lei nº 8.112/90, c. c. o art. 12 da Lei nº 8.270/91 (TRF da 1ª Região, AMS nº 200339000051122, Rel. Juiz Fed. Antonio Francisco do Nascimento, j. 14.12.09; TRF da 2ª Região, AC nº 200351020047343, Rel. Des. Fed. Márcia Helena Nunes, j. 18.08.09; AC nº 200451010109368, Rel. Des. Fed. Fernando Marques, j. 15.09.10; TRF da 5ª Região, AC nº 2007020000000355, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, j. 26.08.10).

3. Os adicionais de insalubridade e periculosidade são devidos a partir do reconhecimento dessas condições, nos termos do Decreto nº 97.458, de 11.01.89. Portanto, malgrado eventual mitigação ensejada por situações específicas, deve o autor apresentar não somente o laudo pericial, como também comprovação da data do início da atividade no local objeto da perícia (TRF da 1ª Região, AC nº 199801000565250, Rel. Juiz Fed. Manoel José Ferreira Nunes, j. 17.02.04; TRF da 2ª Região, AC nº 1995.51.01.023589-9, Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira, j. 18.08.09; TRF da 3ª Região, ApelReex nº 2000.60.02.001198-1; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, decisão, 13.09.10; TRF da 5ª Região, AC nº 9505218338, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, j. 19.12.02).

4. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido à sis-

temática do art. 543-C do Código de Processo Civil, é incabível o desconto de valores indevidamente pagos em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do servidor (STJ, REsp nº 1.244.182, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.10.12). Esse entendimento, contudo, não é aplicável no caso em que o pagamento indevido decorre de falha operacional da Administração Pública, como se dá quando há erro no sistema da folha de pagamento (STJ, AGREsp nº 1.278.089, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.12.12; TRF da 2ª Região, ApelRE nº 2008.51.51.043977-6, Rel. Des. Fed. Flávio de Oliveira Lucas, j. 15.12.10; AMS nº 2004.51.02.000898-6, Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa, j. 11.09.07).

5. Mantida a sentença, com a ressalva da incidência de juros a teor da Lei nº 11.960/09 e a correção monetária, conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, que julgou parcialmente procedentes os pedidos e determinou à ré que se abstenha de descontar parcelas do adicional de insalubridade, recebidas nos exercícios de 1999 a 2001 e, em caso de o desconto ter sido realizado, sua restituição aos substituídos.

6. Reexame necessário parcialmente provido. Recursos do Sindicato e da União não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao reexame necessário e negar provimento aos recursos do Sindicato e da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKASCHALOW (Relator): Trata-se de reexame necessário e de apelações interpostas pelo Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais do Estado de Mato Grosso do Sul - SINPRF/MS e pela União contra a sentença de fls. 125/130 que, ao julgar parcialmente procedentes os pedidos, determinou à ré que se abstenha de descontar parcelas do adicional de insalubridade, indevidamente recebidas nos exercícios de 1999 a 2001. E, no caso de o desconto ter sido efetuado, as verbas deverão ser restituídas, com correção monetária a partir dos descontos, e juros de 1% a.m. a partir do trânsito em julgado. Fixados os honorários em R\$ 1.000,00 (um mil reais), foi determinada a sucumbência recíproca.

Apela o Sindicato alegando, em síntese, o quanto se segue:

a) mesmo os Policiais Rodoviários Federais que desempenham atividades administrativas fazem jus ao adicional de insalubridade, em razão de serem usualmente chamados ao serviço ostensivo;

b) o art. 6º da Lei nº 11.358/06, que transformou a remuneração em subsídios, fere o direito dos policiais federais rodoviários, ao dispor que não mais poderão receber vantagens incorporadas, ainda que em razão de decisão judicial;

c) embora o art. 11, § 1º, da Lei nº 11.358/06 estabeleça a impossibilidade de redução da remuneração, pois eventual diferença será paga a título parcela complementar, na prática, vários policiais tem sofrido redução remuneratória, que é vedada constitucionalmente;

d) a remuneração por subsídio deve ser realizada de acordo com a natureza e complexidade do cargo, sob pena de se contrapor ao disposto no art. 39, § 1º, I e III, da Constituição da República;

e) o direito à percepção de adicional por atividade penosa, insalubre ou perigosa está regulamentado na Lei nº 8.112/90 e na Constituição da República;

f) deve ser reformada a sentença para que se declare o direito dos Policiais Rodoviários Federais perceberem o adicional de insalubridade (fls. 135/162).

A União, por sua vez, alega que:

a) o Juízo *a quo* não identificou irregularidade no procedimento do Tribunal de Contas, o qual determinou o ressarcimento das quantias indevidamente pagas;

b) a teor do art. 68 da Lei nº 8.112/90 o servidor somente faz jus ao adicional se a periculosidade, ou insalubridade, for constante, o que não ocorre no caso, em face da natureza administrativa da atividade;

c) “A boa-fé não está delineada, tendo em vista que a parte apelada tinha plena consciência de que não estava exposta aos riscos inerentes dos patrulheiros que laboram nas rodovias” (cf. fl. 170);

d) deve ser mantido o entendimento do TCU quanto ao ressarcimento das verbas, dada a incompetência do Juízo para analisar o mérito de decisão proferida por aquela Corte (fls. 166/171).

O Sindicato e a União apresentaram contrarrazões (fls. 173/179 e 185/192).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Servidor. Adicional de insalubridade ou periculosidade. Lei nº 8.112/90, arts. 68 a 70. Base de cálculo: vencimento. Vigência. Lei nº 8.270/91, art. 12. Necessidade de comprovação de habitualidade e permanência. O pagamento de adicionais sobre o vencimento do cargo efetivo, de insalubridade e periculosidade para os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, foi previsto nos arts. 68 a 70 da Lei nº 8.112/90. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da eficácia dessas disposições a partir da vigência da Lei nº 8.270/91:

(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. POSSIBILIDADE. ADVENTO DA LEI Nº 8.270/91. REGULAMENTAÇÃO PELA LEI TRABALHISTA. ARTS. 195 E 196 DA CLT. 1. Reconhecendo o Tribunal de origem a validade dos laudos periciais realizados por profissionais com habilitação junto ao Ministério do Trabalho, é decorrência lógica o reconhecimento do direito dos servidores à restituição dos adicionais de insalubridade e periculosidade, anteriormente percebidos e suprimidos pela Administração, não havendo que se falar em decisão condicional. 2. A Lei nº 8.112/90, em seu art. 70, dispõe que “na concessão dos adicionais de atividades

penosas, insalubres e de periculosidade serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica”. 3. O art. 12 da Lei nº 8.270/91 estabelece que os adicionais de insalubridade e periculosidade serão concedidos nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral, ou seja, remete à legislação trabalhista a forma de proceder a verificação de situações insalubres e/ou perigosas nas atividades desempenhadas pelos servidores públicos. 4. Segundo os arts. 195 e 196 da CLT, a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade será feita segundo as normas do Ministério do Trabalho, bem como os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições especiais serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho. 5. Os servidores públicos federais passaram a fazer jus ao adicional de insalubridade com o advento da Lei nº 8.270, de 17/12/1991, desde que a atividade estivesse incluída nos quadros do Ministério do Trabalho, nos termos do 195 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo o pagamento do adicional devido a partir da referida inclusão, como prevê o art. 196 do mesmo diploma legal, e não da realização do laudo pericial. 6. Agravo desprovido. (STJ, AGREsp nº 977608, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.09.09)

RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERCENTUAIS. ARTIGO 70 DA LEI Nº 8.112/90. REGULAMENTAÇÃO. LEI Nº 8.270/91. REDUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. 1. “Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.” (artigo 70 da Lei nº 8.112/90). 2. Por força da Lei 8.270/91, que regulamentou o artigo 70 da Lei nº 8.112/90, o pagamento do adicional por insalubridade aos servidores públicos ex-celetistas, cujo regime foi transformado para o estatutário, passou a ser devido nos índices de 5, 10 e 20 por cento do vencimento do cargo efetivo. 3. Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico. 4. Em sendo o adicional de insalubridade de natureza indubitavelmente temporária, como é da letra do artigo 68, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90, incorre redução vencimental. 5. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” (Súmula do STF, Enunciado nº 284). 6. Recurso parcialmente conhecido e improvido. (STJ, REsp nº 348251, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.04.04)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. VENCIMENTO DO CARGO. ARTS. 68 E 70 DA LEI 8.112/90. REGULAMENTAÇÃO. LEI 8.270/91. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO. - Na compreensão sistemática dos arts. 68 e 70, da Lei nº 8.112/90, o cálculo do adicional de insalubridade com base no vencimento do cargo efetivo somente tornou-se devido a partir da regulamentação efetuada pela Lei 8.270/91. - O deferimento do benefício da Justiça Gratuita, nos termos da Lei 1.060/50, não está condicionado a estarem os autores sendo representados por sindicato, bastando a simples afirmação de não terem condições de arcar com as custas e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou de sua família. - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido. (STJ, REsp nº 143583, Rel. Min. Vicente Leal, j. 04.06.02)

Para fazer jus aos adicionais de insalubridade ou de periculosidade deve ser comprovada a situação de habitualidade e contato permanente com substâncias nocivas ou com risco de vida, nos termos do art. 68 da Lei nº 8.112/90, c. c. o art. 12 da Lei nº 8.270/91:

(...) SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. CAMPO DE

ATUAÇÃO NO ESTADO DO PARÁ. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LAUDO PERICIAL. SUJEIÇÃO PERMANENTE A AGENTES AGRESSIVOS, FÍSICOS, QUÍMICOS OU BIOLÓGICOS INEXISTENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Ação em que o objetivo é assegurar o direito ao restabelecimento da percepção pelos Auditores Fiscais do Trabalho o adicional de periculosidade, suspenso desde 2003. 2. No regime estatutário, o adicional de periculosidade é pago desde que preenchidos os requisitos legais, com base em perícia técnica que demonstre sujeição permanente das atividades desempenhadas pelo servidor a agentes agressivos, físicos, químicos ou biológicos, enquanto durar essa situação. 3. O Auditor Fiscal do Trabalho necessariamente desloca-se para ambientes com os mais diversos graus de periculosidade, o que, de qualquer forma, não gera o direito à percepção do adicional de periculosidade, posto que a sua permanência em tais locais não vai além do tempo suficiente à ação fiscalizadora, que por sua natureza não é, e nem poderia ser, permanente a uma só atividade, mas direcionada ao universo de atividades econômicas existentes em todo o Estado do Pará, e que em sua maioria não representa qualquer risco para os trabalhadores (Precedentes: TRF 1ª Região, AC 199942000011780, Primeira Turma, Relator: Juiz Federal convocado Itelmar Raydan Evangelista, julgado em 18.12.2006, publicado no DJ de 02.04.2007, p. 18 e TRF 1ª Região, AC 200034000119265, Primeira Turma, Relator: Juiz Federal convocado Itelmar Raydan Evangelista, julgado em 24.08.2004, publicado no DJ de 27.09.2004, p. 11) 4. Apelação da impetrante a que se nega provimento. (TRF da 1ª Região, AMS nº 200339000051122, Rel. Juiz Fed. Antonio Francisco do Nascimento, j. 14.12.09)

(...) EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ESPECIAIS COMPROVADA - INEXIGÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO. PERCEPÇÃO DE ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - INEXIGÊNCIA. I. Comprovado que o Segurado esteve exposto a diversos agentes nocivos à sua saúde, dentre eles a tensões superiores a 250 volts de modo habitual e permanente, deve ser reconhecido o direito à conversão do período; II. “O tempo de trabalho permanente a que se refere o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 é aquele continuado, não o eventual ou intermitente, não implicando, por óbvio, obrigatoriamente, que o trabalho, na sua jornada, seja ininterrupto sob o risco.” (STJ. RESP. 200400659030. 6 T. Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO. DJ. 21/11/2005. Pag. 318.); III. O não reconhecimento por parte do empregador ao direito de percepção ao adicional de periculosidade, cujos requisitos e fundamentos não se confundem com aqueles elencados na legislação previdenciária, não é suficiente para descaracterizar o direito; IV. Agravo Interno a que se nega provimento. (TRF da 2ª Região, AC nº 200351020047343, Rel. Des. Fed. Márcia Helena Nunes, j. 18.08.09)

(...) SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO SUSPENSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PERMANÊNCIA OU HABITUALIDADE. - O direito ao adicional de periculosidade está condicionado à exigência do cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 68 e § 2º da Lei nº 8.112/91, ou seja, contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida. Nesse passo, deve a parte autora comprovar as condições fáticas determinantes da incidência do adicional de periculosidade, quais sejam, a sujeição habitual do servidor em local insalubre ou o seu contato permanente com agentes agressivos, químicos, físicos ou biológicos que expressem situação de perigo para a vida. - O Auditor Fiscal do Trabalho, servidor cuja atribuição consiste no exercício de atividade policial administrativa, inerente à aplicação da legislação trabalhista, seja porque exerce função em relação a diferentes atividades e locais, seja porque a própria atividade policial, por sua natureza, é esporádica e restrita à verificação do cumprimento da legislação do trabalho, não mantém contato permanente com os agentes agressivos, notadamente em caráter permanente ou habitual, nos termos em que exigidos pelo art. 68 da Lei nº 8.112/91. - Os laudos acostados aos autos, elaborados pela FUNDACENTRO e por Engenheiro

de Segurança do Trabalho, não têm a imparcialidade necessária à formação da convicção, já que, além de não ter sido produzido nos próprios autos, não fazem prova suficiente de que os agentes de inspeção de trabalho, porque exercem atividades de fiscalização em locais sujeitos à exposição insalubre ou perigosa, se submetem aos mesmos riscos e condições de trabalho que os empregados das empresas inspecionadas, nem há elementos para se concluir que a exposição aos agentes de risco à saúde é permanente e habitual, requisito indispensável à concessão da vantagem pleiteada. - Recurso improvido (TRF da 2ª Região, AC nº 200451010109368, Rel. Des. Fed. Fernando Marques, j. 15.09.10)

(...) SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LEI Nº 8.112/90 (ARTS. 68 E 70). PERCENTUAIS DE 7,5% (LEI Nº 7.923/89, ART. 2º, PARÁGRAFO 5º, VIII) E 10% (Lei nº 8.270/91, art. 12, II). EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE. CONDIÇÃO DE RISCO (DECRETO Nº 93.412/86). COMPROVAÇÃO. LAUDO DA DIVISÃO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO DA DRT/CE. JUROS DE MORA À RAZÃO DE 0,5% ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 11.960/2009. APELAÇÃO IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Afastada a prejudicial de prescrição, vez que entre o início de vigência da Lei nº 8.112/90, fixada como termo inicial de percepção do adicional de periculosidade perseguido pelos autores, e o ajuizamento da ação (08/08/1991) não transcorreu o prazo de cinco anos aplicável à espécie. 2. A Lei nº 8.112/90, expressamente prevê, em seus arts. 68 e 70 que os servidores públicos que trabalhem com habitualidade em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus ao adicional de periculosidade incidente sobre o vencimento do cargo efetivo, observadas as situações estabelecidas em legislação específica. 3. A Lei nº 7.923/89, ao tratar dos vencimentos, salários e demais retribuições dos servidores civis do Poder Executivo, na Administração Direta, nas Autarquias, nas Fundações Públicas e nos extintos Territórios, textualmente estabelece, em seu art. 2º, parágrafo 5º, VIII, o percentual específico de 7,5% (sete e meio por cento) para o adicional de periculosidade, sendo este majorado para 10% (dez por cento), a partir da vigência da Lei nº 8.270/91 (art. 12, II), que, dispondo sobre reajuste da remuneração dos servidores públicos, corrigiu e reestruturou tabelas de vencimentos, determinando, no tocante aos adicionais de insalubridade e periculosidade, a observância das normas legais e regulamentares concernentes aos trabalhadores em geral. 4. Hipótese em que o laudo pericial confeccionado pela Divisão de Segurança e Medicina do Trabalho da DRT/CE (fls. 15 e 16) comprova que os autores, servidores do Instituto de Pesquisas Espaciais - INPE, lotados na Estação de Itaitinga e Euzébio/CE, fazem jus ao adicional de periculosidade, tendo em vista que a função de Técnico em Eletrônica por eles exercida está sujeita à eletricidade de alta tensão, considerada como situação de risco pelo Decreto nº 93.412/86 (regulamento da Lei nº 7.369/85, que institui salário adicional para empregados do setor de energia elétrica, em condições de periculosidade). 5. Não se sustenta a alegação da Apelante de ser indevido o reconhecimento definitivo do adicional de periculosidade sobre salários pretéritos e futuros, sob o argumento de que os riscos apurados pela DRT/CE refletem uma situação de momento, que pode não perdurar, caso adotadas medidas corretivas adequadas. Como bem ressaltado pelo Juízo de origem, a Apelante sequer logrou demonstrar a ocorrência de alterações nos contratos de trabalho dos autores ou que a eles tenham sido disponibilizados, após a elaboração do laudo, equipamentos de proteção aptos e suficientes para a eliminação do risco aferido. 6. Cumpriria à União desconstituir a prova constante dos autos, mormente quando detém os meios necessários para tal fim, demonstrando, ao menos, se o caso, a cessação dos trabalhos realizados sob as condições atestadas no laudo. Não sendo o que se observa na hipótese dos autos, há de ser mantida a sentença recorrida que reconheceu o direito dos autores à percepção do adicional de periculosidade, a partir da Lei nº 8.112/1990, no percentual de 7,5%, elevado para 10% com a entrada em vigor da Lei nº 8.270/91. 7. Mantidos a correção monetária e os juros de mora, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, incluído

pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001. Vencido o Relator no tocante à aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009. 8. Não provimento à Apelação e à Remessa Oficial, vencido o Relator que dava provimento, em parte à Remessa tão somente para determinar, quanto aos juros de mora, a observância da Lei nº 11.960/2009, a partir de sua vigência.
(TRF da 5ª Região, AC nº 2007020000000355, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, j. 26.08.10)

Servidor. Adicionais de insalubridade e periculosidade. Decreto nº 97.458, de 11.01.89. Pagamento. Termo a quo. Os adicionais de insalubridade e periculosidade são devidos a partir do reconhecimento dessas condições, nos termos do Decreto nº 97.458, de 11.01.89. Portanto, malgrado eventual mitigação ensejada por situações específicas, deve o autor apresentar não somente o laudo pericial, como também comprovação da data do início da atividade no local objeto da perícia (TRF da 1ª Região, AC nº 199801000565250, Rel. Juiz Fed. Manoel José Ferreira Nunes, j. 17.02.04; TRF da 2ª Região, AC nº 1995.51.01.023589-9, Rel. Des. Fed. Marcelo Pereira, j. 18.08.09; TRF da 3ª Região, ApelReex nº 2000.60.02.001198-1; Rel. Des. Fed. André Nekatschlow, decisão, 13.09.10; TRF da 5ª Região, AC nº 9505218338, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, j. 19.12.02).

Reposição ao erário. Interpretação errônea de lei. Boa-fé do servidor. Descabimento. Falha operacional. Cabimento. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, é incabível o desconto de valores indevidamente pagos em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do servidor:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.
2. O art. 46, *caput*, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.
3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.
4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
5. Recurso especial não provido.
(STJ, REsp nº 1.244.182, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.10.12)

Esse entendimento, contudo, não é aplicável no caso em que o pagamento indevido decorre de falha operacional da Administração Pública, como se dá quando há erro no sistema da folha de pagamento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. O STJ firmou o entendimento de que “quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa

de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público”. (Resp 1.244.182/PB, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ).

2. Todavia, *in casu*, o que aconteceu foi simplesmente erro no Sistema de Pagamentos do Ministério da Fazenda, e não interpretação errônea do texto legal. O Tribunal *a quo* expressamente registrou: “(...) o que houve, na verdade, foi um equívoco do Sistema de Pagamentos, do Ministério da Fazenda que, uma vez constatado, obriga a Administração Pública a saná-lo e a buscar a restituição da situação dos envolvidos ao seu *status quo ante*.”

3. Agravo Regimental provido.

(STJ, AGREsp nº 1.278.089, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.12.12)

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. RECEBIMENTO DE VALORES INDEVIDOS DEVIDO AO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO EM DEIXAR DE DESIMPLANTAR O SERVIDOR QUE PASSOU DA ATIVIDADE PARA A INATIVIDADE. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE UMA DÚVIDA DE DIREITO FUNDADA NA INADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA NORMA DE REGÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela União objetivando a reforma da d. sentença de fls. 61/64.

2. Com efeito, a decisão recorrida julgou procedente o pedido para determinar que a Ré se abstenha de descontar os valores percebidos de boa-fé pelo autor condenando a Ré ao pagamento dos valores já descontados a este título.

2. Na espécie, o Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro deixou de desligar o servidor Carlos Alberto Guimarães Amarante em virtude de sua aposentadoria, mantendo-o como servidor ativo até julho de 2007. Em virtude deste erro da Administração, o Arsenal passou a descontar mensalmente o Autor, a partir de fevereiro de 2008, a importância de R\$ 287,58, tendo informado que o desconto era relativo ao acerto de contas de sua mudança de ativo para inativo, no período de 13 de março a 31 de julho de 2007, totalizando R\$ 8.394,98.

3. Logo, observa-se que o erro não foi oriundo de uma dúvida de Direito fundada na inadequada interpretação da norma de regência, por parte da Administração, a qual, em momento posterior constatou seu erro em deixar de implantar a nova situação do servidor que passou da atividade para a sua inatividade.

4. Embora a jurisprudência dos nossos tribunais seja pacífica no sentido de ser incabível a restituição de valores quando, recebidos de boa-fé, existir errônea ou má aplicação da lei pela Administração Pública, o caso dos autos é diverso, pois não houve interpretação equivocada de Lei, mas erro no sistema de pagamento que deixou de excluir o servidor inativo do sistema dos ativos, impondo-se a restituição dos valores recebidos indevidamente, mesmo que de boa-fé, em observância, pela Administração Pública, dos critérios estabelecidos no art. 46, da Lei nº 8.112/90. Precedentes desta e. Corte. 8. Recurso e reexame necessário providos.

(TRF da 2ª Região, ApelRE nº 2008.51.51.043977-6, Rel. Des. Fed. Flávio de Oliveira Lucas, j. 15.12.10)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - RESTITUIÇÃO DE PARCELA PAGA INDEVIDAMENTE, POR ERRO NO SISTEMA DA FOLHA DE PAGAMENTO - ARTIGO 46, DA LEI 8.112/90 - APLICABILIDADE.

I- O artigo 46, da Lei nº 8.112/90, prevê a real possibilidade de indenização ou reposição ao Erário, mediante prévia comunicação ao servidor ativo, aposentado ou pensionista, não se cogitando, nesse dispositivo legal, da necessidade de instauração de processo.

II- Incabível a restituição de valores quando, recebidos de boa-fé, há errônea ou má aplicação da lei pela Administração Pública. Na hipótese dos autos, não há falar em garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos, uma vez que inexistiu interpretação equivocada de Lei reconhecendo que o valor seria devido, mas simples erro no sistema de folha de paga-

mento. Neste caso, inexistindo qualquer ato administrativo formal a reconhecer a procedência da percepção, é devida a restituição, com o desconto dos valores indevidamente recebidos, desde que observado o princípio do contraditório e respeitado o limite máximo nos termos do artigo 46, da Lei nº 8.112/90.

III- Precedentes: AC 200251010076070, TRF da 2ª Região, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA, j. em 27.04.2004, publ. no DJU de 06.05.2004, p. 284, AMS 200150010039235, TRF da 2ª Região, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWARTZ, j. em 30.03.2005, publ. no DJU de 11.05.2005, p. 97 e Resp 200300964461, STJ, Sexta Turma, Relator Ministro PAULO GALOTTI, julgado em 19.02.2004, publ. no DJ de 30.05.2005, fls. 418. IV- Nega-se provimento à Apelação, mantendo-se a r. Sentença. (TRF da 2ª Região, AMS nº 2004.51.02.000898-6, Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa, j. 11.09.07)

Correção monetária. A correção monetária deve incidir desde a data em que devida as parcelas, conforme os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21.12.10, do Conselho da Justiça Federal.

Do caso dos autos. O Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais do Estado de Mato Grosso do SUL - SNPRF/MS relata ter o Tribunal de Contas da União determinado o levantamento, relativo aos exercícios de 1999 a 2001, dos servidores que recebiam o adicional de insalubridade e, por consequência, o ressarcimento dos valores pagos indevidamente. E, proposta a Medida Cautelar nº 2002.60.00.002062-6, a liminar foi deferida para que a ré se abstivesse de promover os descontos nos vencimentos dos substituídos. Sustenta que o adicional de insalubridade é inerente à atividade policial, acrescentando que os servidores atingidos pela decisão, ainda que exercendo atividades administrativas, são chamados a desempenhar efetiva função policial. Acrescenta que descabe o ressarcimento, em face da natureza alimentar do adicional e em respeito ao princípio da boa-fé. Requer seja declarado o direito dos substituídos à percepção do adicional de insalubridade (fls. 2/10). A ação foi proposta em 15.05.02.

Inicialmente, afasto a incompetência do Juízo *a quo* arguida pela União, porquanto tal alegação conflita com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (CR, art. 5º, XXXV). Nesse quadro, do fato de o ressarcimento do adicional de periculosidade ter sido determinado pelo Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 315/2001, não se segue a vinculação do pronunciamento jurisdicional àquela decisão (cf. fls. 102/103).

Registre-se que os adicionais de insalubridade e periculosidade são devidos a partir do reconhecimento dessas condições, nos termos do Decreto nº 97.458, de 11.01.89, e por meio de comprovação da habitualidade da atividade exercida, a teor dos arts. 68 a 70 da Lei nº 8.112/90, situações que o Sindicato não logrou comprovar. Por outro lado, registre-se que as cópias de operações realizadas pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal não são persuasivas para tal finalidade, tendo em vista referir-se a “Operação Semana Santa” e escoltas pontuais realizadas nos anos de 1999, 2000 e 2001 (fls. 48/68). Tampouco restou comprovada a ocorrência de redução dos vencimentos dos substituídos.

Quanto à restituição dos valores pretéritos, assiste razão ao Sindicato. Incontroverso que o pagamento efetuado aos substituídos (cf. fls. 40/42) foi de boa-fé, conforme se pode constatar das informações prestadas pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal ao Tribunal de Contas da União, nas quais, em síntese, se justifica o pagamento do adicional de insalubridade ao fundamento de que todos os servidores desenvolvem atividades ao longo das rodovias, inclusive aqueles lotados na sede (cf. fls. 94/96).

Portanto, deve ser mantida a sentença, com a ressalva da incidência de juros a teor da Lei nº 11.960/09 e a correção monetária conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, que julgou parcialmente procedentes os pedidos e determinou à ré que se abstenha de descontar parcelas do adicional de insalubridade, recebidas nos exercícios de 1999 a 2001 e, em caso de o desconto ter sido realizado, sua restituição aos substituídos. Assinalo, por oportuno, que eventual restituição já efetuada deverá ser compensada quando da execução.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário, para ressaltar a incidência dos juros e da correção monetária, e NEGO PROVIMENTO aos recursos do Sindicato e da União.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0029136-51.2003.4.03.6100
(2003.61.00.029136-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E CELSO FERNANDO ZILIO (espólio)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 1668948
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/11/2013

EMENTA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 23, II, DA LEI Nº 8.429/92. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. GRUPO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. PORTARIA DpRF 638/92. PORTARIA COFIS 14/94. PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. ARTIGO 10, INCISO X, DA LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 130/2003, CONVERTIDA NA LEI 10.820/93.

I - O inciso I do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, estabelece o prazo prescricional de cinco anos para propositura de ação visando a aplicação das sanções nela estabelecidas, contados do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Já o inciso II determina a aplicação do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. Não há que se falar em prazo prescricional, no entanto, no caso de ressarcimento de danos ao erário, por expressa disposição do § 5º do artigo 37 da Carta Magna, pelo qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

II - A Lei nº 8.112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos da União, fixa o prazo prescricional de cinco anos para apuração das faltas cometidas, contado da data em que o fato se tornar conhecido. Considerando a data em que o Ministério Público Federal tomou ciência das irregularidades (19 de agosto de 1998, por meio da entrega da representação criminal apresentada pela Superintendência Regional da Receita Federal - 8ª Região Fiscal, instruída com cópia do procedimento disciplinar nº 10880.036460/98-69 - fl. 10) e a data do ajuizamento da ação (13 de outubro de 2003), ocorreu a prescrição quinquenal em relação às penalidades previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, exceto o ressarcimento de dano.

III - A existência de ação judicial executiva, tendo por objeto a cobrança dos valores devidos ao erário, não impede a cobrança do mesmo montante através da ação de improbidade, quer por ausência de vedação legal, quer em razão da impossibilidade de antever os resultados de uma ou outra. O que se veda, por óbvio, é o recebimento em duplicidade, em respeito aos princípios da legalidade e moralidade, mas não há qualquer razão a impedir que do mesmo fato sejam extraídos dois títulos executivos.

A Súmula 27 do STJ perfilha tal entendimento, ao estabelecer que a execução pode fundar-se em mais de um título extrajudicial relativo ao mesmo negócio. Embora o enunciado faça menção a mais de um título extrajudicial, aplica-se aos casos de cumulação de título judicial e extrajudicial, dada à semelhança.

IV - O Réu integrava um grupo especial de fiscalização, sob o comando do Sistema de Fiscalização, com a função de desenvolver auditorias e outros procedimentos fiscais em contribuintes domiciliados em qualquer localidade do país, nos termos da Portaria DpRF nº 638/92. A atuação dos auditores fiscais pertencentes ao grupo especial era disciplinada, entre outros, pela Portaria COFIS nº 14/94.

V - Além da farta prova documental apresentada apontando a existência de irregularidades fiscais na FEBASP, a ensejar sua autuação pelo Auditor Fiscal responsável pela fiscalização (no caso, o Réu), a prova testemunhal também indica que ele não atuou com o devido zelo.

VI - Caracterizada a prática do ato de improbidade descrito no inciso X do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, deve ser aplicada a penalidade de ressarcimento ao erário do dano causado (R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos), prevista no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, considerando que as demais penalidades estão colhidas pela prescrição quinquenal.

VII - Deve ser reconhecido o pedido formulado pelo *Parquet* para que seja descontado o valor de 30% (trinta por cento) sobre os proventos do Réu, nos termos da Medida Provisória nº 130/2003, convertida na Lei nº 10.820/2003 (regulamentada pelo Decreto nº 4.840/2003), aplicável por analogia, a fim de viabilizar o ressarcimento dos danos ao patrimônio público, depositando tais quantias em conta especial à disposição da justiça.

VIII - Apelação da União Federal provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora): Trata-se de apelação interposto pela UNIÃO FEDERAL contra a sentença de fls. 1931/1939 que julgou improcedente a pretensão, sob a alegação de que ocorreu a prescrição quinquenal em relação às sanções aplicáveis aos atos de improbidade, salvo quanto ao ressarcimento dos danos causados ao erário; no entanto, a devolução dos valores já foi postulada por meio da Execução Fiscal nº 2004.61.82.054976-4, em trâmite perante a 2ª Vara Federal das Execuções Fiscais/SP, estando em discussão o valor do débito, objeto também da Ação anulatória nº 2004.61.00.022173-4. Foi determinada a imediata liberação dos bens do Réu e não houve a condenação da parte Autora nos ônus da sucumbência.

Em seu recurso, requer a União Federal a reforma integral da sentença, para que seja julgada procedente a pretensão. Alega que o Réu, na qualidade de Auditor Fiscal da Receita Federal, cometeu várias irregularidades, tais como: (i) revelou nomes dos AFTN que fiscalizavam o Instituto Alberto de Camargo, violando o artigo 116, VIII, da Lei nº 8.112/90; (ii) desvendou o sigilo fiscal das Universidades São Judas Tadeu, Santanense, Belas Artes e Anhembi Morumbi, revelando atividades fiscais das mesmas a terceiros, em afronta ao artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90 e artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92; (iii) extraviou documentos públicos que estavam sob sua responsabilidade, em violação ao artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90 e artigo 3º, I, da Lei nº 8.137/90; (iv) realizou fiscalizações nas Universidades São Judas Tadeu, Anhembi Morumbi e Belas Artes sem o conhecimento da Coordenação do Sistema de Fiscalização, ferindo o artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90; (v) fiscalizou a Universidade Anhembi Morumbi para satisfazer sentimentos pessoais, próprios ou de terceiros, em afronta ao artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90; (vi) não cumpriu suas obrigações funcionais, deixando de realizar os lançamentos tributários concernentes aos cheques de titularidade inidônea que mantinha sob sua guarda, violando o artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90; (vii) deixou de cumprir ordem superior, ainda que verbal, prolongando em demasia a devolução do livro razão de 1992 do órgão mantenedor da Universidade São Judas Tadeu aos fiscais indicados, em violação ao artigo 116, IV, da Lei nº 8.112/90; (viii) realizou trabalhos fiscais sem lavrar os devidos termos, em afronta ao artigo 8º do Decreto nº 70.325/72 e artigo 116, III, da Lei nº 8.112/90.

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação de improbidade, apontando a transgressão do artigo 10, incisos VII, X e XII e do artigo 11, *caput* e incisos I, II, III e VI, ambos da Lei nº 8.429/92, e requerendo a condenação do Réu nas penas do artigo 12, incisos II e III do mesmo diploma legal, bem como o desconto de 30% (trinta por cento) sobre os seus proventos, a fim de viabilizar o ressarcimento dos danos ao patrimônio público. Insurge-se a União Federal contra a r. sentença recorrida, ao fundamento de que as ações de ressarcimento ao erário por atos de improbidade são imprescritíveis, nos termos do artigo 37, § 5º da Lei de Improbidade, sendo possível veicular tal pedido em ação civil pública.

O Réu CELSO FERNANDO ZÍLIO apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 2062/2066).

O Ministério Público Federal também apresentou contrarrazões, postulando a reforma da sentença para que se dê prosseguimento à ação de improbidade administrativa com a condenação do Réu ao ressarcimento do dano causado ao erário (fls. 2069/2072).

Remetidos os autos a este Tribunal, foi aberta vista à Procuradoria Regional da República da 3ª Região, que se manifestou às fls. 2080/2083, opinando pelo provimento do recurso.

Autos remetidos ao revisor, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora): A presente ação civil pública foi proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra CELSO FERNANDO ZÍLIO, alegando que o Réu, na qualidade de Auditor Fiscal da Receita Federal, cometeu várias irregularidades, tais como: (i) revelou nomes dos AFTN que fiscalizavam o Instituto Alberto de Camargo, violando o artigo 116, VIII, da Lei nº 8.112/90; (ii) desvendou o sigilo fiscal das

Universidades São Judas Tadeu, Santanense, Belas Artes e Anhembi Morumbi, revelando atividades fiscais das mesmas a terceiros, em afronta ao artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90 e artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92; (iii) extraviou documentos públicos que estavam sob sua responsabilidade, em violação ao artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90 e artigo 3º, I, da Lei nº 8.137/90; (iv) realizou fiscalizações nas Universidades São Judas Tadeu, Anhembi Morumbi e Belas Artes sem o conhecimento da Coordenação do Sistema de Fiscalização, ferindo o artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90; (v) fiscalizou a Universidade Anhembi Morumbi para satisfazer sentimentos pessoais, próprios ou de terceiros, em afronta ao artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90; (vi) não cumpriu suas obrigações funcionais, deixando de realizar os lançamentos tributários concernentes aos cheques de titularidade inidônea que mantinha sob sua guarda, violando o artigo 132, I, da Lei nº 8.112/90; (vii) deixou de cumprir ordem superior, ainda que verbal, prolongando em demasia a devolução do livro razão de 1992 do órgão mantenedor da Universidade São Judas Tadeu aos fiscais indicados, em violação ao artigo 116, IV, da Lei nº 8.112/90; (viii) realizou trabalhos fiscais sem lavrar os devidos termos, em afronta ao artigo 8º do Decreto nº 70.325/72 e artigo 116, III, da Lei nº 8.112/90.

A União Federal foi admitida no feito na condição de assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal (fl. 511).

Com amparo na documentação fornecida pela União Federal às fls. 535/542, o Ministério Público Federal indicou como valor do dano causado ao erário o montante de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos), conforme petição de fl. 546.

Em sua defesa, aponta o Réu a ocorrência da prescrição quinquenal, na forma do artigo 23, II, da Lei nº 8.429/92. Alega que quando em exercício, fazia parte de um grupo especial de servidores aptos a demandar casos mais complexos, nos termos das Portarias DpRF 638/92 e 1162/92, sob o comando da Coordenação de Sistema de Fiscalização - COFIS. As Portarias COFIS 14/92 e 14/94, por sua vez, disciplinam as atividades dos ADTF's selecionados pelo Grupo Especial, estabelecendo expressamente que o auditor fiscal, ao "encontrar matéria tributável em contribuinte que estava sendo diligenciado, não poderia efetuar lançamentos de impostos pessoalmente, mas sim representar para o COFIS, na Capital Federal" (fl. 600). Afirma que ao exercer suas atividades, atendeu às determinações inscritas nos atos normativos referidos, não praticando os atos de improbidade administrativa descritos na inicial.

Segundo consta, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (nº 10880.036460/96-69) perante a Superintendência da Receita Federal em São Paulo - 8ª Região Fiscal, arquivado em razão da concessão de aposentadoria por invalidez ao Réu (fls. 666/672).

Também foi instaurada ação penal contra o Réu, autuada sob o nº 98.0104875-1 e distribuída à 3ª Vara Criminal Federal de São Paulo, sendo o Réu Celso absolvido do crime do artigo 138 c.c. artigo 141, II, do Código Penal, e "absolvido impropriamente" do crime do artigo 344 do Código Penal, aplicando-se medida de segurança (fls. 632/648).

Em decisão de fls. 891/892, foi determinado o seqüestro dos bens de propriedade do Réu Celso, até o montante de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento, ao qual não foi concedido efeito suspensivo (fls. 1017/1019) e ao final foi negado seguimento (fl. 2044).

A ação de interdição proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Celso Fernando Zílio, ora Réu, foi julgada improcedente, conforme certidão de objeto e pé de fl. 1.168.

A questão que se coloca é saber se o Réu pode ser condenado pela prática dos atos de improbidade descritos na inicial.

Requeru o Ministério Público Federal a aplicação das penas previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, *verbis*:

Art. 12 -

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O inciso I do artigo 23, do mesmo diploma legal, estabelece o prazo prescricional de cinco anos para propositura de ação visando a aplicação das sanções nela estabelecidas, contados do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Já o inciso II determina a aplicação do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Não há que se falar em prazo prescricional, no entanto, no caso de ressarcimento de danos ao erário, por expressa disposição do § 5º do artigo 37 da Carta Magna, pelo qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência, como se vê das seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO DAS PENALIDADES. PLEITO DE RESSARCIMENTO. CUMULAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOVAÇÃO. 1. Apesar de prescrita a ação civil de improbidade administrativa quanto à aplicação das penalidades, ainda persiste o interesse de obter o ressarcimento do dano ao erário, visto que se trata de ação imprescritível. 2. A alegação de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor a ação de ressarcimento constitui inovação recursal, vedada no âmbito do regimental. 3. Agravo regimental conhecido em parte e não provido. (STJ, AGRESP nº 201101845179, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJE data 04/02/2013)

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CORRÉUS - PRESCRIÇÃO - CONTAGEM INDIVIDUAL - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - IMPRESCRITIBILIDADE. 1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei nº 8.429/92), contado o prazo individualmente, de acordo com as condições de cada réu. Precedente do STJ. 2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art.

37, § 5º, da Constituição). 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, RESP 201000485403, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJE data 17/06/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - DECISÃO FUNDAMENTADA - EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS- ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA - AFASTADA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. 1 - A decisão atacada expõe, de forma clara, as razões atinentes ao acolhimento da peça inicial, haja vista que o fez embasado na documentação existente nos autos. 2 - O Juízo de admissibilidade da ação de improbidade administrativa não comporta a análise do mérito em sua inteireza, bastando a existência de indícios para o acolhimento da peça inicial, já que o movimento cognitivo vertical da controvérsia somente poderá ser viabilizado após a consecução de ampla dilação probatória. 3 - Não é possível apurar de plano a alegação de ilegitimidade passiva, sendo necessária ampla dilação probatória para afirmar eventual ausência de responsabilidade do recorrente. 4 - Afastada a alegação de prescrição, visto que, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição da República, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis. 5 - Repelida a preliminar de ilegitimidade do órgão ministerial. O art. 17 da Lei nº 8.429/92 prevê, expressamente, a possibilidade de a ação de improbidade administrativa ser proposta pelo Ministério Público Federal. 6 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AI 00349238620074030000, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, Quarta Turma, e-DJF3 Judicial data 22/03/2012)

A Lei nº 8.112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos da União, fixa o prazo prescricional de cinco anos para apuração das faltas cometidas, contado da data em que o fato se tornar conhecido.

Considerando a data em que o Ministério Público Federal tomou ciência das irregularidades (19 de agosto de 1998, por meio da entrega da representação criminal apresentada pela Superintendência Regional da Receita Federal - 8ª Região Fiscal, instruída com cópia do procedimento disciplinar nº 10880.036460/98-69 - fl. 10) e a data do ajuizamento da ação (13 de outubro de 2003), ocorreu a prescrição quinquenal em relação às penalidades previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, exceto o ressarcimento de dano.

Sendo possível, em tese, o ajuizamento de ação civil visando o ressarcimento, cumpre indagar se a existência de outra ação judicial (Execução Fiscal nº 2004.61.82.054976-4 e Ação anulatória nº 2004.61.00.022173-4) impede a cobrança dos valores através da ação de improbidade.

Segundo consta, no ano de 1994, o Réu, na qualidade de Auditor Fiscal da Receita Federal, realizou diligência fiscal junto à sociedade FEBASP S/C e concluiu inexistirem irregularidades fiscais em relação aos períodos de apuração de 1991 e 1992.

Posteriormente, em 1997, o contribuinte foi alvo de nova fiscalização, sendo lavrado auto de infração no montante de R\$ 9.499.177,23 (nove milhões, quatrocentos e noventa e nove mil reais e vinte e três centavos), relativo aos períodos de apuração de 1991 e 1992.

O lançamento tributário em face da FABESP deu ensejo à instauração do Processo Administrativo nº 10880.022522/97-27, à inscrição em dívida ativa dos débitos nºs 80.2.04.033259-17, 80.2.04.033260-50, 80.6.04.048514-50, 80.6.04.048515-30 e 80.6.04.048516-11 e ao ajuizamento da Execução Fiscal nº 2004.61.82.054976-4, distribuída à 2ª Vara Federal das Execuções Fiscais em São Paulo, tendo por objeto a cobrança de débitos de IRPL, ILL, CSSL, FINSOCIAL, COFINS e multa por atraso na entrega da DIRPJ, relativamente a fatos geradores

ocorridos em 1991 e 1992, no valor consolidado de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

A FABESP, por sua vez, ingressou com a Ação Anulatória nº 2004.61.00.022173-4, distribuída à 20ª Vara Cível Federal de São Paulo e julgada parcialmente procedente, declarando a decadência do direito da União de efetuar o lançamento dos tributos relativos ao exercício de 1991 e determinando a retificação do auto de infração referente ao Processo Administrativo nº 10880.025522/97-27.

Atualmente, conforme extrato processual em anexo, os autos da Ação Anulatória encontram-se no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, aguardando o julgamento do recurso de apelação e da remessa oficial.

Não há qualquer óbice para que os valores devidos ao Erário sejam cobrados via ação executiva e via ação civil de improbidade, quer por ausência de vedação legal, quer em razão da impossibilidade de antever os resultados de uma ou outra.

O que se veda, por óbvio, é o recebimento em duplicidade, em respeito aos princípios da legalidade e moralidade, mas não há qualquer razão a impedir que do mesmo fato sejam extraídos dois títulos executivos. A Súmula 27 do STJ perfilha tal entendimento, ao estabelecer que a execução pode fundar-se em mais de um título extrajudicial relativo ao mesmo negócio. Embora o enunciado faça menção a mais de um título extrajudicial, aplica-se aos casos de cumulação de título judicial e extrajudicial, dada à semelhança.

Assim tem se manifestado a jurisprudência, como se vê das seguintes ementas:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. IRREGULARIDADES APURADAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. SUBVENÇÕES FEDERAIS RECEBIDAS. MULTA. ARTIGO 57, LEI 8.443/92. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES, PRESCRIÇÃO E DUPLICIDADE DE COBRANÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Inicialmente, muito embora o entendimento desta Turma e do STJ no sentido de que nos casos em que não tenha sido formulado pedido expresse de renúncia, a adesão ao parcelamento acarreta a superveniente perda do interesse processual, a ensejar a extinção dos embargos à execução sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC (AC 2002.61.82.009968-3, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, D.E. 29/10/2012), certo é que na hipótese dos autos o parcelamento foi realizado pela Instituição OSEC e não pelo embargante. Ainda que requerido o sobrestamento do feito, em observância ao princípio da celeridade e tratando-se de idoso, deve-se prosseguir com o julgamento do feito, não havendo nenhum prejuízo as partes, tendo em vista que a execução fiscal está suspensa. 2. Embargos à execução de título extrajudicialsubstanciado em Acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, que julgou irregulares as contas relativas a subvenções sociais recebidas. 3. Afastada a preliminar de nulidade da sentença e negativa de prestação jurisdicional, uma vez que, ao contrário do que sustentando, a sentença não afastou à apreciação da questão pelo Poder Judiciário, mas apenas assentou que “os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União gozam de presunção legal de liquidez e certeza, consistindo, portanto, em títulos hábeis para o ajuizamento da execução fiscal, desde que não haja prova em contrário”. 4. Eventual erro no julgamento, por existir prova de ilegalidade, capaz de afetar a presunção de liquidez e certeza do título judicial, é matéria de mérito, condizente com a reforma e não com a nulidade, sobretudo por falta de prestação jurisdicional (AC 2009.61.00.005576-5, Rel. Juiz Conv. CLAUDIO SANTOS, D.E. 05/03/2012). 5. Prescrição afastada, uma vez que consolidada a jurisprudência no sentido da aplicabilidade, a casos como o dos autos, do disposto no § 5º, parte final, do artigo 37 da Constituição Federal. 6. O ônus de desconstituir a validade

do título executivo é do executado, sobretudo quando fundada a ação em título decorrente de processo ou decisão administrativa, a qual goza da presunção geral de legitimidade. 7. A alegação de que foi indevida a reabertura da apreciação de contas já aprovadas não invalida o título executivo, já que é possível à Administração, e assim igualmente ao órgão de controle de contas, revisar seus atos, aplicando o princípio da autotutela, mormente quando se cuida de hipótese de ressarcimento de danos ao erário em que inexistente prescrição ou decadência contra a defesa do interesse público. 8. Também inviável desconstituir o título executivo, pela existência de ação civil pública ajuizada por improbidade administrativa, frente ao princípio da diversidade de objeto, e autonomia de instâncias e competências, envolvendo, de um lado, o Tribunal de Contas da União e, de outro, o Ministério Público, cada qual atuando na defesa do interesse público, conforme atribuições constitucional e legalmente fixadas. A ACP é ação que se propõe à formação de título judicial condenatório para devolução de valores, ressarcimento de prejuízos patrimoniais e morais, e sanções não-patrimoniais; ao passo que os embargos foram opostos para discussão da validade da formação do título executivo extrajudicial, consubstanciado em acórdão administrativo do TCU. Não existe, pois, cumulação indevida de execuções (artigo 745, III, CPC), já que a execução é única e tem objeto específico, sem qualquer duplicidade ou ilegalidade provada nos autos. 9. O valor executado resultou de apuração técnica de irregularidades na gestão de recursos públicos, após exame de acervo probatório, incluindo os vários documentos reproduzidos no feito, conforme se verifica do teor do acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Contas da União. 10. Diante da robustez e consistência da análise técnica, que viabilizou a condenação administrativa, afigura colidente com a prova dos autos a genérica defesa fundada em alegações como a de que “os gastos foram documentalmente comprovados”, foram “enviados os comprovantes de bolsas de estudo” e “a OSEC subsidiava as mensalidades, além de terem sido encaminhados cópias de notas fiscais, cópias de cheques e extratos bancários para comprovar, como comprovada restou, a aplicação integral de valor da subvenção nos fins a que preordenada”. 11. A rejeição das contas decorreu, primeiramente, da falta de prestação integral de contas e de escrituração de operações, capaz de provar a aplicação plena e correta das subvenções sociais, inclusive no sentido de que as bolsas de estudos foram efetivamente concedidas, observando critérios de efetiva necessidade de cada aluno. Não se trata, portanto, de condenação que resultou da mera divergência, entre TCU e subvencionados, quanto a critérios jurídicos de aplicação e destinação válida de recursos federais, mas de efetiva inexistência de comprovação de seu uso pleno e criterioso na finalidade educacional e social que foi a motivadora da subvenção, e de acordo com a legislação, sobretudo a Lei 4.320/1964. 12. Não existe espaço para reconhecer a invalidade do título executivo, seja formalmente, seja substancialmente, já que não houve a comprovação de qualquer ilegalidade na apuração administrativa do crédito que foi objeto da execução fiscal embargada. 13. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AC 00085889220094036100, Relator Juiz Convocado Gilberto Jeuken, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 data 24/05/2013)

AGRAVO INOMINADO - AGRAVO REGIMENTAL - LEI Nº 11.187/2005 - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - ACÓRDÃO TCU - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONEXÃO - CONTINÊNCIA - INOCORRÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. 1. Preliminarmente, recebo o agravo regimental como inominado, tendo em vista as alterações trazidas pela Lei nº 11.187/2005 ao Código de Processo Civil. 2. A execução fiscal em questão visa à satisfação de crédito apurado mediante acórdão do TCU nº 317/2006 (fl. 90), título executivo dotado dos pressupostos de liquidez, certeza e exigibilidade. 3. A ação civil pública nº 96.0030525-0 (fl. 215), proposta nos termos da Lei nº 8.429/92, em trâmite na 17ª Vara Federal de São Paulo, tem por objetivo a devolução aos cofres públicos do valor equivalente aos prejuízos patrimoniais e moras à coletividade, proibição aos réus de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e ressarcimento de danos morais

inflingidos à República, ainda sem qualquer título executivo constituído. 4. Assim, enquanto nesta última poderão os réus discutir acerca da matéria, o feito executivo não comporta tal discussão, tendo em vista o esgotamento da discussão na seara administrativa. 5. A hipótese não comporta o reconhecimento da conexão ou continência a ensejar a reunião dos processos. 6. Precedente em relação à mesma ACP nº 96.0030525-0 e execução fiscal (na hipótese do precedente executivo tramitante perante a 21ª Vara Federal): CC 2009.03.00042729-0. 7. Agravo nominado improvido.

(TRF 3ª Região, AI 00047019620114030000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/12/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. I - A ação civil pública em trâmite perante a E. 12ª Vara Federal de São Paulo tem por objetivo responsabilizar o agravante por eventuais atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, decorrentes do desvio de recursos destinados pela União Federal ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região para a construção do fórum trabalhista. Já a execução fiscal tem por fundamento títulos executivos extrajudiciais, abrangidos pelos pressupostos de liquidez, certeza e exigibilidade, emanados das decisões proferidas pelo E. Tribunal de Contas da União, referindo-se à multa aplicada ao agravante em relação aos fatos ali apurados, sanção esta prevista no artigo 57 da Lei nº 8.443/92. II - As características e atribuições conferidas ao órgão controlador indicam a sua independência, que se constitui mais um indicativo a afastar a propalada prejudicialidade externa afirmada pelo E. Juízo *a quo*. III - A suspensão do processo, ainda que fosse aplicável à espécie, não poderia exceder o prazo de 1 (um) ano, conforme preceitua o artigo 265, § 5º, do CPC. IV - Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, AI 00006329420064030000, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 data 27/09/2010, p. 805)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 21, INC. II, DA LEI Nº 8.429/92. NÃO VINCULAÇÃO FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO VIA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (ARTS. 267, INCS. I e VI e 295, INC. I E PAR. ÚNICO, INCS. I e III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). INOVAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 285305/DF, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; REsp 880662/MG, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007 p. 255; REsp 1038762/RJ, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009. 2. Deveras, a atividade do Tribunal de Contas da União denominada de Controle Externo, que auxilia o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é revestida de caráter opinativo, razão pela qual não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa. 3. A doutrina sob esse enfoque preconiza que: Assim, as decisões dos Tribunais de Contas não vinculam a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, posto que são meramente opinativas e limitadas aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal. Devem, por isso, ser objeto de análise crítica do Ministério Público e dos demais co-legitimados ativos visando identificar, entre as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, se alguma delas realmente configura ato de improbidade

administrativa. (Marino Pazzaglini Filho *in Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, pp. 78/79 e 220/221). 4. Os autos versam agravo de instrumento em face da decisão que recebeu a petição inicial da ação de improbidade administrativa nº 2005.81.00.017764-1 ajuizada pelo Ministério Público Federal, em razão de estarem presentes os indícios suficientes de comprovação de atos de improbidade consistentes na redução em 0,5% do valor da tarifa de estudo de operação de financiamento que fora apresentada ao Banco Nordeste do Brasil pela empresa STN - SISTEMA DE TRANSMISSÃO NORDESTE S/A, beneficiada por alterações na programação do FNE e causando um prejuízo ao BNB da ordem de R\$1.499.900,00 (um milhão, quatrocentos e noventa e nove mil e novecentos reais). 5. *In casu*, O Tribunal local ao analisar a questão concernente a aprovação de contas pelo Tribunal de Controle assentou que: No que tange ao posicionamento do TCU, se por um lado milita em favor dos ora agravantes, a decisão deste Órgão Administrativo que concluiu que a operação de financiamento ao Sistema de Transmissão do Nordeste - STN foi regular e não resultou qualquer prejuízo ao erário, por outro lado, a teor do que dispõe o inciso II, art. 21 da Lei 8.429/92, a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. As questões que importem em saber se a redução tarifária que, segundo o TCU, não foi concedida exclusivamente à STN, causou ou não prejuízo ao BNB deverá ser desenvolvida no curso da Ação, razão pela qual, qualquer exclusão do pólo passivo da Ação de Improbidade, de plano, apresentar-se prematura. Acrescente-se que atuação do TCU, na qualidade de Corte Administrativa não vincula a atuação do Poder Judiciário, nos exatos termos art. 5º, inciso XXXV, CF/88, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. (fls. 1559). 6. A natureza do Tribunal de Contas de órgão de controle auxiliar do Poder Legislativo, decorre que sua atividade é meramente fiscalizadora e suas decisões têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência não vincula a atuação do Poder Judiciário, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88. 7. A doutrina sobre o tema, assenta: No que diz respeito ao inciso II, referente ao Tribunal de Contas, a norma é de fácil compreensão. Se forem analisadas as competências do Tribunal de Contas, previstas no artigo 71 da Constituição, vai-se verificar que o julgamento das contas das autoridades públicas não esgota todas as atribuições daquele colegiado, estando previsto nos incisos I e II; a apreciação das contas obedece a critérios políticos e não significa a aprovação de cada ato isoladamente considerado; as contas podem ser aprovadas, independentemente de um ou outro ato ou contrato ser considerado ilegal. Além disso, como o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm forma de coisa julgada, sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro *in Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 687/688) 8. O Tribunal *a quo* no caso sub judice, mediante cotejo das razões recursais e do contexto fático engendrado nos autos, vislumbrando a ocorrência de elementos de convicção hábeis ao prosseguimento ação de improbidade administrativa e a necessidade de uma análise mais acurada dos fatos que ensejaram à ação de improbidade administrativa entendeu pela manutenção da decisão que recebeu a inicial. 9. Consectariamente, a conclusão do Tribunal acerca da existência dos elementos essenciais à viabilidade da ação de improbidade administrativa, em sede agravo de instrumento, decorre justamente da valoração da “relevância gravosa” dos atos praticados contra a Administração Pública, mormente porque os §§ 7º e 8º da mencionada legislação permitem o exame do próprio mérito da ação na fase preliminar, isto é, existência ou não de ato de improbidade administrativa, bem como fato impeditivo do exercício de um direito, como soem ser a decadência e a prescrição. 10. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros. O Tribunal de

origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, apresentados na apelação, inexistindo ponto omissso sobre o qual se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. A questão acerca da aplicação dos artigos 47, 267, incs. I e VI e 295, inc. I e par. único, incs. I e III, ambos do Código de Processo Civil apenas foi suscitada nos embargos de declaração opostos na origem - reiterada no presente recurso especial -, não foi abordada na petição de agravo de instrumento, constituindo, portanto, inovação nas razões recursais. 11. Inocorre violação ao artigo 535, II do CPC, quando a matéria não analisada pelo aresto recorrido não foi objeto de recurso de apelação. 12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(STJ, RESP 200800359416, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJE DATA: 03/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTAS APROVADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PREJUDICIALIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 21, II, DA LEI 8.429/1992. APLICAÇÃO. 1. A aprovação das contas pelo TCU não prejudica a Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 21, II, da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ. 2. Recurso Especial provido.

(STJ, RESP 200500926656, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJE data 11/11/2009, RDDP vol. 00084, p. 00122)

Desde logo, é necessário tecer algumas considerações acerca das condições de saúde do Réu.

Como mencionado nas linhas acima, no curso de processo administrativo disciplinar, foi decretada a sua interdição em ação judicial específica (Processo nº 002.00.044457-1, 3ª Vara da Família e Sucessões, Foro Regional de Santo Amaro - SP), nomeando-se curadora provisória em 12/12/2000, razão pela qual o procedimento administrativo não teve seguimento.

Não obstante, a ação de interdição foi posteriormente julgada improcedente, com trânsito em julgado em 30/03/2009 (fl. 1168).

É certo que consta dos autos cópia do laudo do IMESC, formulado em 20/10/1999 no incidente de sanidade mental instaurado no curso da Ação Penal nº 98.0106607-5, atestando que o Réu Celso Fernando Zílio era incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (fls. 621/629).

No entanto, trata-se de documento restrito à ação penal, voltado a esclarecer a capacidade do acusado quanto à compreensão ou não da ilicitude do ato.

A incapacidade não exclui a responsabilidade civil, apenas impõe que o incapacitado seja devidamente representado ou assistido.

No caso em tela, o Réu foi representado pela Sra. Regina Aparecida Zílio em todos os atos processuais, até o momento em que julgada improcedente a ação de interdição, determinando-se a exclusão da curadora do polo passivo (fl. 1181).

Na ocasião, o Réu integrava um grupo especial de fiscalização, sob o comando do Sistema de Fiscalização, com a função de desenvolver auditorias e outros procedimentos fiscais em contribuintes domiciliados em qualquer localidade do país, nos termos da Portaria DpRF nº 638/92 (fl. 650).

A atuação dos auditores fiscais pertencentes ao grupo especial era disciplinada, entre outros, pela Portaria COFIS nº 14/94, segundo a qual:

1. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional - AFTN, integrantes de Grupos Especiais subordinados à Coordenação-Geral do Sistema de Fiscalização - COFIS, representarão perante

esta sempre que, no curso de ações fiscais, apurarem indícios de infrações praticadas por contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, que não estejam sendo objeto da referida atividade.

2. As representações recebidas pela COFIS serão encaminhadas à Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF de jurisdição do domicílio do contribuinte representado, para fins de fiscalização, pela respectiva Delegacia ou Inspeção da Receita Federal.

(...)

4. As diligências que se fizerem necessárias serão realizadas pelo próprio grupo especial, desde que com prévia anuência da COFIS, ainda que a diligenciada esteja sob ação fiscal a cargo de outros AFTN.

4.1. Caso decorra, da diligência, a identificação de matéria tributável, esta será objeto de representação, por parte do grupo especial, à DRF respectiva, por intermédio da COFIS.

No exercício de suas atribuições, no ano de 1994, o Réu realizou diligências na FABESP e concluiu pela regularidade dos procedimentos adotados em relação aos exercícios de 1991 e 1992, emitindo o Certificado de Regularidade Fiscal.

Com efeito.

Consta do documento de fl. 362, lavrado em 06/07/1994, pelo réu Celso Fernando Zílio, em relação a FEBASP S/C que:

No exercício das funções de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional damos por encerrada, nesta data, a tarefa referente à determinação da Portaria DpRF 638/92, que abrangeu os anos-calendários de 1989 a 1992, não tendo sido apuradas irregularidades, objetos de matéria tributável.

Posteriormente, em 1997, o contribuinte foi objeto de nova fiscalização em relação aos mesmos períodos (exercícios de 1991 e 1992), sendo lavrado auto de infração no montante de R\$ 9.499.177,23 (nove milhões, quatrocentos e noventa e nove mil reais e vinte e três centavos), como demonstra o documento de fls. 399/436.

Por força do ATP Declaratório SP/S nº 12/97, foi suspenso o benefício da imunidade tributária que gozava a FEBASP S/C, no período de 01/01/1991 a 31/12/1992, por inobservância das disposições do artigo 14 do Código Tributário Nacional.

O que aqui se questiona é saber se o Réu, na condição de Auditor Fiscal, tinha competência para reconhecer, se presentes os requisitos, a regularidade fiscal da FEBASP e se tinha elementos suficientes para concluir pela inobservância dos requisitos estabelecidos pelo artigo 14 do Código Tributário Nacional, vale dizer, se reconheceu a regularidade fiscal mesmo diante de provas apontando conclusão oposta.

Além da farta prova documental apresentada apontando a existência de irregularidades fiscais na FEBASP, a ensejar sua autuação pelo Auditor Fiscal responsável pela fiscalização (no caso, o Réu), a prova testemunhal também indica que o Réu Celso não atuou com a devida diligência no procedimento em tela.

Vejamos.

O Auditor Fiscal Paulo Tarciso Gonçalves Lazari informou que presidiu a Comissão instaurada no processo administrativo do Réu, esclarecendo que “a comissão apurou que o requerido, por conta própria, realizou fiscalização nas entidades mencionadas no item “d”, mas não lavrou o correspondente auto de fiscalização e posteriormente foi realizada uma auditoria fiscal nessas entidades, tendo sido identificadas irregularidades e lavrado o auto de infração; que não se recorda de ter sido apurado pela comissão alguma vantagem pelo requerido” (fl. 1276).

Lourenço Mendes de Carvalho, também integrante da Comissão de Sindicância e Inquérito instaurada contra o Réu, disse que:

(...) tem conhecimento que o réu Celso Fernando Zílio fazia parte de um grupo de auditores encarregado de fazer fiscalizações em empresas de construção civil como empreiteiras, sendo certo que examinavam firmas de alto poderio econômico, mas à revelia da competência que lhe era outorgada o réu Celso Fernando Zílio passou a fiscalizar, sem competência para tanto Universidades como a São Judas Tadeu, Anhembi-Morumbi, etc.; tudo sem conhecimento de seus superiores; que o depoente se recorda também que quando os fiscais competentes e encarregados de fiscalizarem as universidades estiveram em algumas delas, foram surpreendidas com a informação pelo Procurador das referidas Universidades, de que um Auditor Fiscal já estava examinando nas Universidades em caráter de fiscalização, sendo naquela oportunidade declinado o nome do réu Celso Fernando Zílio como sendo o auditor que fiscalizava naquela oportunidade as Instituições Educacionais; surpresos ficaram, então, os fiscais Sidnei e Gimenez que eram os componentes por determinação superior da fiscalização das Universidades e, tão logo, tiveram tal informação fizeram uma comunicação ao Chefe da Divisão de Fiscalização, cientificando-o do fato da intromissão indevida do réu Celso Fernando Zílio; que em decorrência da representação que foi determinada uma sindicância e, posteriormente, a formação de uma Comissão de Inquérito do Processo Administrativo Disciplinar, a fim de que pudessem averiguar os fatos constantes da referida representação; que formada a Comissão de Sindicância, da qual fazia parte o depoente na qualidade de vogal, a referida comissão realizou diligências junto as entidades educacionais mencionadas, a fim de verificar a veracidade ou não das informações contidas na representação; que o depoente que integrava a referida comissão esteve na Universidade Anhembi-Morumbi, tendo apurado que a fiscalização desenvolvida pelo réu na referida universidade deixava transparecer ser fruto de algum ressentimento pessoal ou mesmo de alguma antipatia examinando, segundo o depoente, material importado pela Universidade na área de informática, tendo o referido réu posteriormente dado à referida Universidade um documento de regularidade fiscal com validade de 3 a 4 anos, ficando mais tarde esclarecido de que o Chefe de Comércio Exterior veio a declarar a Comissão de Inquérito que desconhecia totalmente as idas do réu à referida Universidade; que ficou apurado também pela comissão de que o réu esteve na Faculdade de Belas Artes por inúmeras vezes tendo naquele estabelecimento lavrado inclusive uma Solicitação de Documentos e Livros Fiscais referentes a vários exercícios fiscais, sendo que tais procedimentos foram todos à revelia da Autoridade Superior; que o depoente tem conhecimento de que foi informado na Faculdade de Belas Artes pelo Sr. Cardim que o réu fez uma devassa total na referida Faculdade, tendo o réu, quando ouvido pela Comissão de Sindicância alegado que a fiscalização nas referidas entidades educacionais se deveu a quatro cheques “fantasmas”, mas quando solicitado a exibi-los junto a Comissão o réu alegou que teria repassado para o Chefe da Divisão de Fiscalização, Sr. Tavares, mas este quando ouvido negou não só o conhecimento de tais cheques como também de qualquer outro fato relacionado com tal fiscalização feita pelo réu; que ao fim da sindicância foi solicitado ao Superintendente Instaurador que fosse refiscalizada as entidades educacionais o que veio a ser feito, segundo narra o depoente; que o companheiro de trabalho de fiscalização nas construções civis do réu, Sr. Alfredo não sabia das idas do réu às universidades, fato que foi devidamente apurado quando do depoimento do Sr. Alfredo à Comissão de Sindicância; que o depoente e seus companheiros de comissão não chegaram até o fim do inquérito, já que foram substituídos, em decorrência das ofensas desonrosas que vieram a sofrer por parte do réu que vislumbrando que seria demitido diante das irregularidades apuradas, acabou depois de chamar os integrantes da comissão de sindicância de ladrões e outras palavras ofensivas, por agredir o Presidente da comissão, fato que acabou na prisão do réu que desejava a todo custo passar para os membros da comissão a idéia de que estava totalmente desequilibrado e sofrendo das faculdades mentais, sendo

que não o depoente com os demais membros sofreram ameaças de morte por parte do réu (fls. 1337/1338).

Neste sentido, ainda, o depoimento de Paulo Ferreira de Paiva, que também participou da Comissão de inquérito instaurada contra o Réu, *verbis*:

(...) Restou apurado durante os trabalhos da comissão que o correquerido efetuou 4 fiscalizações em universidades particulares sem estar autorizado e devidamente iniciados os documentos (ficha multi-funcional) necessários para fiscalização. Da mesma forma o superior hierárquico do requerido desconhecia tais fiscalizações. Indagado, o réu mencionou ter se deslocado até as universidades para fazer apenas simples diligência para colher dados visando instruir procedimento outro de fiscalização junto a empreiteiras, junto ao qual encontrava-se com atribuições para fiscalizar. Todavia, um dos diretores da universidade, ouvido durante a comissão, relatou que sua universidade sofreu severa fiscalização por parte do requerido, salientando ter o referido diretor enfatizado que sua universidade sofreu verdadeira “devassa fiscal”. O mesmo diretor apresentou à comissão um documento denominado termo de regularidade fiscal expedido pelo requerido, o que lhe causou estranheza por seus termos muito abrangentes e lapso temporal esparsos (cinco anos). Diante de tais fatos a comissão solicitou junto a seu superintendente a designação de um novo fiscal para que realizasse uma nova fiscalização junto a universidade Belas Artes, então, Donizete, o novo fiscal em fiscalização, apurou a existência de um crédito tributário orçado aproximadamente em 10 milhões de reais relativos a dois exercícios financeiros, eis que os outros 3 já haviam sido abrangidos pela decadência. Indagado Donizete declinou ter constatado tais irregularidades fiscais com facilidade, as quais não demandariam experiência ou perspicácia de qualquer fiscal, posto que evidentes. É de seu conhecimento que em 1998 o requerido teve um incidente de insanidade, sendo considerado com problemas psiquiátricos, no entanto, a expedição e lavratura do termo de regularidade fiscal, de sua responsabilidade, foi emitido quando estava no gozo de sua plena capacidade, no auge de sua experiência, tanto é que foi designado para integrar grupos especiais de fiscalização. Durante os trabalhos da comissão recorda-se que o requerido não sabendo explicar a regularidade de sua conduta, descontrolado, chegou a agredir física e verbalmente os membros da comissão com destaque principalmente ao contato físico junto a Arnaldo, contra qual desferiu socos e ameaçou de morte. Recorda-se que durante a comissão também ventilou-se a apurou-se a existência de outras condutas passíveis de responsabilização tais quais as descritas na inicial de fls. 04/05. Quando da notícia da insanidade do correquerido a comissão foi desfeita e a irmã do mesmo tomou partido na condição de curadora (fls. 1354/1355).

De tudo quanto apurado, restou comprovado que o Réu cometeu as irregularidades descritas na petição inicial, exercendo as funções de Auditor Fiscal em desacordo com os preceitos legais, especialmente em relação à fiscalização exercida na FEBASP, causando danos ao erário no valor de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

A defesa apresentada não é apta a desconstituir as provas produzidas.

Se o Réu não tinha competência para fiscalizar a FEBASP, como afirma, também não tinha atribuição para atestar sua regularidade fiscal, mas assim o fez.

Como mencionado ao longo desta fundamentação, Celso integrava um grupo especial de fiscalização, fato que já denota, por si só, seu vasto conhecimento sobre a regularidade fiscal dos contribuintes, não havendo justificativa para a não atuação da FEBASP em relação aos exercícios de 1991 e 1992, vez que fortes os elementos a demonstrar que a FEBASP não

preenchia os requisitos para se beneficiar da imunidade, estando sujeita ao pagamento dos tributos devidos.

Caracterizada a prática do ato de improbidade descrito no inciso X do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, deve ser aplicada a penalidade de ressarcimento ao erário do dano causado no valor de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos), prevista no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, considerando que as demais penalidades estão colhidas pela prescrição quinquenal.

Para finalizar, deve ser reconhecido o pedido formulado pelo *Parquet* para que seja descontado o valor de 30% (trinta por cento) sobre os proventos do Réu, nos termos da Medida Provisória nº 130/2003, convertida na Lei nº 10.820/2003 (regulamentada pelo Decreto nº 4.840/2003), aplicável por analogia, a fim de viabilizar o ressarcimento dos danos ao patrimônio público, depositando tais quantias em conta especial à disposição da justiça.

Em razão da sucumbência, condeno o Réu a pagar honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

Em face de todo o exposto, *dou provimento à apelação*, na forma da fundamentação.
É como voto.

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS: De início, esclareço que acompanho os votos da e. relatora e do e. revisor no tocante à responsabilização do réu, ora apelado, pelo ressarcimento do prejuízo causado à União, ora apelante.

Com efeito, bem consignou a e. relatora que, “no ano de 1994, o réu, na qualidade de Auditor Fiscal da Receita Federal, realizou diligência fiscal junto à sociedade FEBASP S/C e concluiu inexistirem irregularidades fiscais em relação aos períodos de apuração de 1991 e 1992”; e que, “posteriormente, em 1997, o contribuinte foi alvo de nova fiscalização, sendo lavrado auto de infração no montante de R\$ 9.499.177,23 (nove milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, cento e setenta e sete reais e vinte e três centavos), relativos aos períodos de apuração de 1991 e 1992” (f. 2.097).

Tais assertivas encontram respaldo nos autos, precisamente no documento de f. 540-541 - emitido pela Secretaria da Receita Federal e não infirmado pelo réu -, peça processual da qual se extrai o seguinte:

- 1.1. O ex-servidor Celso Fernandes Zílio, *conforme se depreende dos Termos Fiscais lavrados pelo mesmo e constantes das fls. 362 a 364 do Anexo II*, teria efetuado *Diligência Fiscal* sem constatação de irregularidades fiscais, portanto sem apuração de matéria tributável.
- 1.2. Em procedimento de *Fiscalização* levada a efeito no mesmo contribuinte, abrangendo o mesmo período de apuração (1991 e 1992) sob determinação da FM nº 01380, o Auditor Fiscal Doniseti Dornelas - matrícula 3.001.125 efetuou lançamento de ofício com apuração de crédito tributário na ordem de R\$ 9.499.177,63.
- 1.3. Face ao breve relato supra e respondendo ao questionamento, pode-se inferir que o valor integral acima não foi levantado pelo ex-servidor.

Do mesmo documento, datado de 10 de fevereiro de 2006, consta que o valor do dito

débito, atualizado até então, era de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos). Assim, a e. relatora, acolhendo o pedido de condenação ao ressarcimento do prejuízo, impôs ao réu o pagamento de tal importância.

É importante destacar que restou reconhecido, nos votos que me precederam, que “restou comprovado que o Réu cometeu as irregularidades descritas na petição inicial, exercendo as funções de Auditor Fiscal em desacordo com os preceitos legais, especialmente em relação à fiscalização exercida na FEBASP, causando danos ao erário no valor de R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos)” (f. 2.103).

Pedi vista dos autos para elucidar algumas dúvidas particulares a respeito do *quantum* da condenação.

Sobre esse aspecto, estou de acordo com a e. relatora e o e. revisor na parte em que, reformando a r. sentença de primeiro grau, afastam o argumento, lançado pelo juízo *a quo*, de que “se o valor está sendo cobrado judicialmente do contribuinte que praticou os fatos geradores, não há fundamento jurídico para o pedido de condenação do réu ao pagamento do mesmo valor” (f. 1.938).

Deveras, a realização da segunda fiscalização, seguida da cobrança executiva junto ao contribuinte, não apaga, não neutraliza e não afasta o dano causado pelo ato de improbidade, consumado no momento em que, indevidamente, o réu deixou de apontar os débitos fiscais efetivamente existentes.

Ora, a segunda fiscalização deu-se quando já praticados os atos de improbidade e realizado o prejuízo. O lançamento do débito e a cobrança executiva, por si sós, não eliminam o dano; e mesmo o pagamento terá apenas o condão de repará-lo.

Nesse passo, é importante registrar que, conquanto haja dois fundamentos para a responsabilização do réu e da sociedade contribuinte, o dano é um só, correspondente ao valor do débito fiscal que deveria ter sido apurado e só veio a sê-lo por ocasião da segunda fiscalização. O réu responde pelos atos de improbidade; a sociedade contribuinte, pelos fatos geradores; mas o prejuízo sofrido pela União é, repita-se, um só, consubstanciado no valor verificado pela segunda fiscalização, equivalente àquele que deveria ter sido apurado pelo réu.

Assim, eventual pagamento, pelo réu ou pela sociedade contribuinte, deverá ser abatido do crédito da União, que não poderá receber, cumulativamente, de ambos, o total apurado, sob pena de auferir, ao fim e ao cabo, duas vezes o *quantum* a que tem direito.

Também é fundamental deixar claro que eventual redução do valor da execução, decorrente da decadência cogitada pelo contribuinte, não beneficiará o réu. Isso porque, se este realizasse a fiscalização sem improbidade, decadência não haveria, recentes que eram os fatos geradores.

Diga-se, ainda, que condenação sobreposta ao lançamento tributário poderia haver se não se tratasse de ressarcimento, mas de penalidade, o que não é o caso.

Desse modo, o réu deve ser condenado a ressarcir o prejuízo que causou, calculado em R\$ 20.118.907,55 (vinte milhões, cento e dezoito mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos), acrescido dos consectários legais desde 10 de fevereiro de 2006.

Por fim, considerando-se o levantamento, pela MM. Juíza *a quo*, da constrição sobre os bens do réu, determino o restabelecimento da medida.

Em suma, também eu acompanho o voto da e. relatora, com as observações *supra*.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

VOTO RETIFICADOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora): Em aditamento ao voto por mim proferido, acrescento as considerações do voto-vista exarado pelo Excelentíssimo Desembargador Nilton do Santos no tocante aos consectários legais e ao restabelecimento da constrição dos bens do réu.

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0015527-30.2005.4.03.6100
(2005.61.00.015527-4)

Apelante: MARCELO DA SILVA OLIVEIRA (incapaz)
 Representante: CARLOS ANTONIO DE OLIVEIRA
 Apelada: UNIÃO FEDERAL
 Sucedido: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
 Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
 Classe do Processo: AC 1546081
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/11/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, CF. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. ATROPELAMENTO DE TRANSEUNTE EM VIA FÉRREA. FATO LESIVO, DANOS E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. VALORES DAS INDENIZAÇÕES. CONECTIVOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa (Art. 37, § 6º). Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da responsabilidade civil objetiva do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo diverge em relação aos atos omissivos. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão, o qual encontra apoio em parte da doutrina.

- Conforme laudo médico pericial realizado por determinação judicial restou demonstrado o seguinte diagnóstico causado pelo atropelamento: traumatismo crânio-encefálico; ferimento corto-contuso na região frontal, com afundamento; fratura da mandíbula; perda de dentes superiores e inferiores; amputação do 4º quirodáctilo esquerdo.

- O dano moral é consequência indissociável do fato ora demonstrado, na medida em que um acidente com sequelas tão graves é capaz de provocar abalo psicológico e social incommensurável na vida de qualquer indivíduo, inclusive aqueles com capacidade mental reduzida.

- O laudo médico pericial demonstrou um dano estético de grau máximo devido ao traumatismo crânio-encefálico, com cicatriz cirúrgica de 18 cm de extensão na região fronto-parietal direita, na qual se constatou também afundamento visível da parte óssea; cicatrizes acidentárias, nas regiões frontal à direita e no supercílio direito; lesão das arcadas dentárias, em que restaram poucos dentes, que estão frouxos e desalinhados, que resultaram em prejuízo fonético, mastigatório e estético.

- Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva da ré (fato danoso) e a lesão acarretada, porquanto os danos morais, estéticos e materiais causados ao

apelado decorreram das sequelas deixadas por desastre que poderia ter sido evitado se tivessem sido implementadas todas as medidas de segurança no entorno da via férrea pela empresa que a administrava. Ademais, o ente estatal não provou causa excludente de responsabilidade e se cingiu a alegar que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima. Assim, é de rigor a reparação por danos morais, estéticos e materiais causados ao autor.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que *é civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora essa atividade cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos*. (EREsp 705859/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 08/03/2007, p. 158).

- A vítima, à época dos fatos, tinha 16 anos e foi diagnosticada com retardamento mental leve, distúrbio que se caracteriza pela significativa inferioridade do funcionamento intelectual global pelo comprometimento na eficiência da pessoa em alcançar padrões esperados para sua idade, seu grupo cultural, em habilidades diárias de vida, independência pessoal e auto-suficiência. Portanto, é inviável falar em imprudência do apelante ao cruzar a estrada férrea, que era amplamente usada pelos moradores, ou em culpa exclusiva do autor, o qual, além de ser incapaz civilmente, ainda possuía um distúrbio mental, o que corrobora sua ausência de discernimento e realça a necessidade de haver sinalização, cercas ou muros no local.

- Danos materiais fixados em R\$ 44.300,00 (quarenta e quatro mil e trezentos reais), referentes aos gastos com cirurgia do crânio, odontologista e com os próximos três meses de consultas com neurologista, otorrinolaringologista e psicoterapeuta, acrescido da pensão mensal vitalícia de um salário mínimo, desde a data do acidente, dada a comprovação de invalidez para o trabalho.

- Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. São evidentes e irremediáveis as graves consequências psicológicas, sociais e estéticas geradas pelas lesões sofridas com o acidente, as quais certamente agravaram muitas dificuldades já existentes na vida do requerente e causaram outras, como a baixa auto-estima. Diante desse quadro, a indenização por danos morais e estéticos fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumpre os critérios mencionados.

- De acordo com a jurisprudência pacificada no âmbito da corte superior: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” (Súmula 387, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009)

- A correção monetária deverá incidir a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Os juros moratórios incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. A partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, cujo artigo 5º deu nova redação ao 1º-F da Lei nº 9494/97, a atualização monetária será

calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*. Ressalve-se que a correção monetária não incide nos dois últimos períodos, pois é fator que já compõe as referidas taxas.

- Por se tratar de ação em que foi vencida a fazenda pública, os honorários advocatícios devem ser fixados conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, consoante artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. Dessa forma, considerado o trabalho realizado e a natureza da causa, é adequada sua fixação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), porquanto propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

- Apelação provida parcialmente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Apelação interposta por Marcelo da Silva Oliveira contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais e materiais e condenou-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), monetariamente corrigidos a partir da data da sentença, conforme artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 6.899/81 (fls. 547/551).

Alega-se, em síntese, que:

a) a responsabilidade da União é objetiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal;

b) ainda que se observe o caso à luz da culpa subjetiva, a União deve ser responsabilizada, porquanto não havia no local do acidente nenhum muro, cerca de proteção, sinalização, barreira ou funcionário da ferrovia. Ademais, os trens não buzonavam quando passavam pelo trecho, o qual era usado por toda população;

c) a empresa ferroviária é civilmente responsável por culpa concorrente;

d) o hábito dos moradores de cruzar a linha férrea, várias vezes ao dia, fora dos limites para a travessia de pedestres, decorre da conduta omissa da apelada;

e) a apelada podia prever o evento danoso e não tomou as devidas providências para evitá-lo e, assim, contribuiu de forma grave, necessária e suficiente para o dano, o que exclui a concorrência de culpa.

f) não há culpa exclusiva da vítima, uma vez que a ré negligenciou o exercício do poder de polícia;

g) as normas do Regulamento de Tráfego são impositivas, de forma que a União não pode omitir-se no cumprimento de seus deveres.

Contrarrazões, às fls. 586/595, nas quais se sustenta que:

a) restou comprovado nos autos que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima, pois agiu de forma imprudente ao caminhar sobre os trilhos da ferrovia;

b) no local do acidente ficou demonstrada a presença de placas de sinalização do tráfego, as quais proibiam o fluxo de pedestres na região dos trilhos e, assim, a RFFSA tomou todas as providências necessárias, de forma que está isenta de responsabilidade;

c) o funcionário da ferrovia avisou sobre a chegada do trem ao emitir sinal sonoro, tanto que o companheiro do autor conseguiu salvar-se;

d) a responsabilidade civil só se configura com a existência do dano, a conduta atribuída ao poder público ou a seus agentes e o nexo de causalidade. Ficou claro que não há nenhuma ação administrativa que tenha causado prejuízo ao recorrente.

Junte-se o relatório e encaminhe-se ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

I - DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL

O recorrente pleiteia indenização por danos morais, estéticos e materiais que, segundo sustenta, teriam sido causados em razão de, em 12.07.1995, ter sido atropelado por composição férrea administrada pela extinta Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, sucedida pela União Federal, entre as Estações de Itapevi e Engenheiro Cardoso, km 34, posto 11, o que lhe causou graves danos físicos, psíquicos e motores. Alega, ainda, que o local onde ocorreu o atropelamento era aberto e sem qualquer sinalização, motivo pelo qual a requerida deve ser responsabilizada, na medida em que se omitiu em relação aos deveres de proporcionar condições mínimas de segurança na área.

II - DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa, *verbis*:

Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da *responsabilidade civil objetiva* do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo, diverge em relação aos *atos omissivos*. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão, o qual encontra apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, dentre outros. Segundo esse autor:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, *cobrando o risco da sua ação ou omissão*, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687)

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados das cortes superiores:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.

(STF, RE 495740 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214- PP-00516)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE

INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. FALTA DE SINALIZAÇÃO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e acidente que causou morte do marido e filhos da autora. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravamento regimental improvido. (STF, AI 693628 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-13 PP-02452 LEXSTF v. 32, nº 373, 2010, p. 91-96)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal *a quo* à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp nº 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp nº 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.

3. *In casu*, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, *verbis*: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, “*verbis*”: “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.” (grifei).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107 e 108).

4. A ausência de indicação da lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” 5. A admissão do Recurso Especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas (Precedentes: AgRg no AG 394.723/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 19/11/2001; REsp 335.976/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 12/11/2001).

6. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 1103840/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 07/05/2009)

Frise-se o ensinamento do Ministro Celso de Mello, expresso em precedentes da corte suprema de sua relatoria, como o citado, o qual sumariza de forma bastante didática os elementos caracterizadores desse dever do Estado de indenizar em razão de danos causados por seus agentes, *verbis*:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Segundo a doutrina, para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo causal entre o fato ofensivo, que segundo a orientação citada pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado.

No caso dos autos, impõe-se o dever de reparação dos danos morais, estéticos e materiais sofridos pelo autor em razão de omissão estatal.

III - DO FATO LESIVO

Restou comprovado que o apelante foi atropelado por composição em via férrea da extinta FEPASA, bem como que foi atendido inicialmente no Pronto-Socorro de Itapevi e, após, foi internado no Hospital Regional de Osasco (boletim de ocorrência de fl. 24 e ficha de atendimento ambulatorial de fl. 26).

IV- DO DANO MATERIAL

Conforme laudo médico pericial realizado por determinação judicial, às fls. 158/183, ficou demonstrado o seguinte diagnóstico causado pelo atropelamento: traumatismo crânio-encefálico; ferimento corto-contuso na região frontal, com afundamento; fratura da mandíbula; perda de dentes superiores e inferiores; amputação do 4º quirodáctilo esquerdo.

V - DO DANO MORAL

O dano moral é consequência indissociável do fato ora demonstrado, na medida em que um acidente com sequelas tão graves é capaz de provocar abalo psicológico e social incommensurável na vida de qualquer indivíduo, inclusive aqueles com capacidade mental reduzida.

VI - DO DANO ESTÉTICO

O laudo médico pericial (fl. 174) demonstrou a ocorrência de dano estético de grau máximo devido ao traumatismo crânio-encefálico, com a ocorrência de cicatriz cirúrgica de 18 cm de

extensão na região fronto-parietal direita, na qual se constatou também afundamento visível da parte óssea, cicatrizes acidentárias, nas regiões frontais à direita e no supercílio direito, lesão das arcadas dentárias, em que restaram poucos dentes, que estão frouxos e desalinhados, que resultaram em prejuízo fonético, mastigatório e estético. Ressalta-se também a descrição do perito psiquiátrico à fl. 375, que muito bem elucida o aspecto atual do autor, a corroborar tal entendimento:

Aparência geral: (...) A cicatriz cirúrgica é evidente, assim como, as falhas dentárias, causando certa impressão ao interlocutor.

VII - DO NEXO CAUSAL

Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva da ré (fato danoso) e a lesão acarretada, porquanto os danos materiais, morais e estéticos causados ao apelado decorreram das sequelas deixadas por desastre que poderia ter sido evitado se tivessem sido implementadas todas as medidas de segurança no entorno da via férrea pela empresa que a administrava. Ademais, o ente estatal não provou causa excludente de responsabilidade e se cingiu a alegar que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima. Assim, é de rigor a reparação ao autor.

A apelada aduz culpa exclusiva da vítima, de modo que o nexo causal não estaria configurado, contudo não acostou aos autos nenhum documento que comprove a presença de placas de sinalização do tráfego, que proibiriam o fluxo de pedestres, como afirmou nas contrarrazões, ou mesmo elementos comprobatórios de que o local ostentava condições mínimas de segurança. Portanto, tal alegação não prospera.

Apesar de a testemunha ouvida em juízo, Jani Gonçalves Ancântara (fls. 459/460), não ter presenciado o acidente, seu depoimento esclarece quais eram as condições do local onde ocorreu o atropelamento. Segundo afirmou, não existia nenhum tipo de segurança aos pedestres que transitavam por lá, pois não havia muros ou cercas para impedir o acesso das pessoas. Aduziu que não existia sinalização ou barreira e que, à época dos fatos, era comum ocorrer esse tipo de acidente naquela região, a qual era muito utilizada como via para travessia pelos moradores locais. É o seguinte o teor das declarações, *verbis*:

No local não há nenhum tipo de cerca ou muro. A passagem era usada por todos. Na época dos fatos era comum a ocorrência de acidentes no local indicado. Não havia nenhum tipo de sinalização ou barreira. Eu costumava usar o local do acidente para travessia.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que *é civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora essa atividade cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos*. (EResp 705859/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 08/03/2007, p. 158). Confira-se também:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. MORTE DE TRANSEUNTE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS DA VÍTIMA E DA EMPRESA FERROVIÁRIA. DANO MORAL. JUROS DE MORA. TERMO

INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. 13º SALÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA. PENSÃO DEVIDA AO FILHO DA VÍTIMA. LIMITE ETÁRIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a concorrência de culpas da vítima de atropelamento em via férrea e da concessionária de transporte ferroviário, porquanto cabe à empresa fiscalizar e impedir o trânsito de pedestres nas suas vias.
2. Dano moral fixado em razão da perda da genitora em valor condizente com a linha dos precedentes do STJ.
3. Não comprovado o exercício de atividade remunerada pela vítima, não procede o pedido de 13º salário.
4. Pensionamento devido até a idade em que o filho menor da vítima completa 25 anos, conforme precedentes do STJ.
5. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral. Enunciado 362 da Súmula do STJ.
6. Os juros moratórios devem fluir, no caso de indenização por dano moral, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização (REsp nº 903.258/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 21.06.2011).
7. Recurso especial parcialmente provido.
(REsp 494183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011)

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. “Neste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a orientação jurisprudencial no sentido de que é civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora essa atividade cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos. Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp 705.859/SP, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 08.03.2007)”. 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
(REsp 437195/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 493)

Esse entendimento tem por fundamento as normas regulamentares de segurança das linhas férreas a serem observadas por suas administradoras, contidas no Decreto do Conselho de Ministros nº 2.089, de 18 de Janeiro de 1963, tais como:

Art. 10. Sempre que o julgarem necessário à defesa de sua propriedade ou à livre circulação dos trens, ou, ainda, quando assim expressamente determinar o D.N.E.F., deverão as estradas de ferro fazer cercar a faixa ocupada por suas linhas, cabendo-lhes conservar as cercas, muros ou valas construídos, de forma a preencherem, eficazmente e a todo tempo, o seu fim.

Art. 19. Nenhum trecho da via férrea será aberto ao tráfego público sem prévia inspeção e autorização do D.N.E.F.

Art. 70. É vedado o ingresso de pessoas estranhas ao serviço e à fiscalização da estrada nos recintos que não forem destinados ao público.

(...)

§ 3º Na entrada dos recintos a que se refere este artigo e em pontos convenientes do leito da

linha, haverá letreiros que advirtam o público da proibição da entrada, trânsito ou estacionamento.

O atual Regulamento dos Transportes Ferroviários, aprovado por meio do Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, também contém norma sobre segurança, nos seguintes termos:

Art. 54. A Administração Ferroviária adotará as medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativa destinadas a:

I - preservar o patrimônio da empresa;

II - garantir a regularidade e normalidade do tráfego;

III - garantir a integridade dos passageiros e dos bens que lhe forem confiados;

IV - *prevenir acidentes*;

V - garantir a manutenção da ordem em suas dependências;

VI - garantir o cumprimento dos direitos e deveres do usuário.

Art. 55. Compete à Administração Ferroviária exercer a vigilância em suas dependências e, em ação harmônica, quando necessário, com a das autoridades policiais competentes.

Art. 56. Em caso de conflito ou acidente, havendo vítima, o responsável pela segurança é obrigado a, de imediato, providenciar o socorro às vítimas e dar conhecimento do fato à autoridade policial competente, na forma da lei.

Assim, embora o juízo de primeiro grau tenha entendido não ser obrigatório cercar ou murar toda a extensão da linha férrea, de acordo com as normas citadas é um dever inafastável das empresas ferroviárias, como forma de zelar pela segurança do local. Remete-se a julgado do STJ nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. COMPROVADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NOS MOLDES EXIGIDOS PELO RISTJ.

1. *A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se no caso de atropelamento de transeunte na via férrea quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros e cercas bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes.*

2. *A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.*

3. *A exemplo de outros diplomas legais anteriores, o Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto 1.832/1996) disciplinou a segurança nos serviços ferroviários (art. 1º, inciso IV), impondo às administrações ferroviárias o cumprimento de medidas de segurança e regularidade do tráfego (art. 4º, I) bem como, nos termos do 'inciso IV do art. 54, a adoção de "medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativas destinadas a prevenir acidentes". Outrossim, atribuiu-lhes a função de vigilância, inclusive, quando necessário, em ação harmônica com as autoridades policiais (art. 55).*

4. *Assim, o descumprimento das medidas de segurança impostas por lei, desde que aferido pelo Juízo de piso, ao qual compete a análise das questões fático-probatórias, caracteriza inequivocamente a culpa da concessionária de transporte ferroviário e o consequente dever de indenizar.*

5. *A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de*

segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. Para os fins da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, citam-se algumas situações: (i) existência de cercas ao longo da via, mas caracterizadas pela sua vulnerabilidade, insuscetíveis de impedir a abertura de passagens clandestinas, ainda quando existente passarela nas imediações do local do sinistro; (ii) a própria inexistência de cercadura ao longo de toda a ferrovia;

(iii) a falta de vigilância constante e de manutenção da incolumidade dos muros destinados à vedação do acesso à linha férrea pelos pedestres; (iv) a ausência parcial ou total de sinalização adequada a indicar o perigo representado pelo tráfego das composições.

6. No caso sob exame, a instância ordinária, com ampla cognição fático-probatória, consignou a culpa exclusiva da vítima, a qual encontrava-se deitada nos trilhos do trem, logo após uma curva, momento em que foi avistada pelo maquinista que, em vão, tentou frear para evitar o sinistro. Insta ressaltar que a recorrente fundou seu pedido na imperícia do maquinista, que foi afastada pelo Juízo singular, e na responsabilidade objetiva da concessionária pela culpa de seu preposto. Incidência da Súmula 7 do STJ.

7. Ademais, o dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, o que impede o conhecimento do recurso especial interposto com fundamento tão somente na alínea “c” do permissivo constitucional.

8. Recurso especial não conhecido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1210064/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 31/08/2012)

É imperioso frisar que a vítima, à época dos fatos, tinha 16 anos e foi diagnosticada com retardamento mental leve, distúrbio que se caracteriza pela significativa inferioridade do funcionamento intelectual global pelo comprometimento na eficiência da pessoa em alcançar padrões esperados para sua idade, seu grupo cultural, em habilidades diárias de vida, independência pessoal e auto-suficiência (laudo pericial fl. 377). Portanto, é inviável falar em imprudência do apelante ao cruzar a estrada férrea, que era amplamente usada pelos moradores, ou em culpa exclusiva do autor, o qual, além de ser incapaz civilmente, ainda tinha um distúrbio mental, o que corrobora sua ausência de discernimento e realça a necessidade de haver sinalização, cercas ou muros no local.

Na esteira desse entendimento, está amplamente comprovada na espécie a responsabilidade da empresa de transporte férreo pelo evento danoso e o afastamento de culpa exclusiva da vítima.

VIII - DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

O apelante pleiteia verba para o custeio do total de tratamentos médicos, a serem satisfeitos de uma vez só por ocasião da execução, bem como pensões mensais vencidas desde a data do evento até a liquidação e as vincendas com base nos ganhos declarados da vítima, atualizado de acordo com o salário mínimo vigente ao tempo do pagamento. Requer, ainda, ressarcimento a título de danos morais e estéticos, em valor compatível com a dimensão e extensão do prejuízo sofrido.

VIII.a - DOS DANOS MATERIAIS

Quanto aos danos materiais, segundo o perito, o autor precisa de acompanhamento médico com neurologista e otorrinolaringologista, medicamentos anticonvulsivantes, tratamento psiquiátrico e odontológico, até os 70 anos de idade (tempo de vida médio) contados da ocorrência do acidente, somando-se um valor de R\$ 215.573,52 (duzentos e quinze mil e quinhentos e setenta e três reais e cinquenta e dois centavos) - fls. 182/183. Concorde parcialmente com esse entendimento, como será exposto a seguir.

VIII. a.a - Das consultas com neurologista

O autor necessita de acompanhamento mensal, conforme laudo médico de fl. 182, devido à gravidade do trauma sofrido, à existência de lesões cerebrais primárias e possíveis complicações tardias, como episódios repetitivos de meningite purulenta, com suspeita de fístula liquórica, os quais apresentou após o acidente, além de possível piora tardia do estado neurológico do paciente, o que pode ocasionar, a longo prazo, dificuldades residuais na memória recente, na rapidez e processamento da informação, sérias perturbações intelectuais e comportamentais. O parecer do assistente técnico da União (fls. 224/235), por outro lado, considerou superestimadas as consultas mensais e admitiu consultas anuais, à vista de que o autor não toma anticonvulsivante e apenas faz uso de analgésicos eventualmente. Entretanto, não comungo desse entendimento, porquanto foi subestimada a gravidade do traumatismo crânio-encefálico com fratura de ossos da calota craniana na região frontal e orbitária à direita e limitou sua justificativa ao consumo ou não de medicamentos. O laudo judicial comprovou a magnitude do dano cerebral e a probabilidade de problemas futuros. Portanto, é imperioso o acompanhamento neurológico mensal. Admite-se o preço unitário da consulta em R\$ 200,00 (duzentos reais), conforme avaliação do laudo de fls. 158/183, até os 70 anos do autor.

VIII. a.b. - Da cranioplastia

Consoante mencionado, o autor sofreu traumatismo crânio-encefálico com afundamento aberto na abóbada craniana na região frontal. Assim, faz-se necessária a realização de cranioplastia para evitar que algum trauma na região fronto-parietal direita venha a acarretar complicações graves pela falta de proteção do tecido cerebral, de acordo com parecer do assistente técnico do autor, às fls. 203/212. Ainda, segundo o perito judicial, a correção de falha óssea deve ser feita sempre que possível e há várias justificativas para a cirurgia, como: estética; problemas neuróticos; proteção do conteúdo craniano; evitar formação de hérnias cerebrais através das falhas ósseas; prevenir alterações da dinâmica cerebral por contenção deficiente (fl. 171). Em relação às despesas cirúrgicas, deixo de considerar os cálculos feitos pelo assistente técnico da União (fl. 228), em razão de serem valores ínfimos até mesmo para internação em enfermaria. Levo em conta, em contrapartida, diante da falta de indicação na perícia oficial, o valor estimado pelo parecer do assistente médico do autor (fl. 209), fixado no montante de R\$ 39.750,00 (trinta e nove mil setecentos e cinquenta reais), referentes aos gastos com cirurgião, auxiliar, instrumentadora, anestesista e despesas hospitalares com diárias, taxa de centro cirúrgico, exames e medicamentos.

VIII.a.c - Das consultas com psicólogo

O autor declarou para a médica psiquiatra às fls. 184/191, *verbis*:

Meu rosto ... Quando olho no espelho não sou a mesma pessoa. Ficou um buraco na cabeça. Sempre uso chapéu, antes eu não usava. Não posso cortar o cabelo como eu quero, quase raspado, porque fica aparecendo marcas na cabeça, esse buraco ... Meus dentes era tudo bom. Aí uns quebraram inteiro, outros quebraram um pedaço. *Não gosto de me olhar no espelho.- grifo nosso.*

Embora essa declaração esteja registrada em laudo que depois foi considerado nulo pelo juiz por falta de compromisso do profissional, penso que, como não se trata de juízo de valor do médico, mas tão-somente de um registro dos sentimentos do requerente quanto à sua condição, pode servir como elemento de convicção quanto aos danos psicológicos que lhe foram causados.

De todo modo, é evidente o abalo psicológico e os transtornos decorrentes das sequelas do acidente. Não seria nem necessária a confissão do autor quanto à sua percepção do estado físico e emocional em que se encontra hoje, porquanto é notório que lesões estéticas e funcionais como as relatadas nos autos certamente diminuem a autoestima da pessoa e são capazes de causar traumas psicológicos sérios em qualquer um, a merecer acompanhamento de um especialista.

De outro lado, testes realizados revelaram dano psíquico de grau médio (fl. 182). Assim, não obstante o laudo psiquiátrico de fls. 373/379 tenha concluído que o autor já sofria de retardamento mental leve antes do acidente, está claro que esse evento prejudicou ainda mais a sua saúde mental, a justificar a realização de terapia psicológica para auxiliá-lo na superação da problemática emocional detectada. Conforme consignado no laudo de fls. 158/183, serão necessários cinco anos de tratamento, com uma sessão por semana, ao preço médio de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

VIII.a.d - Das consultas com otorrinolaringologista

A necessidade de tratamento com esse especialista se deve ao fato de o apelante apresentar sintomatologia vertiginosa e fístula liquórica, a qual ocasiona rinorréia liquórica e sensação de “enchimento” no ouvido. O acompanhamento serve para o tratamento preventivo de vertigens crônicas, dos desequilíbrios e das meningites recorrentes (fl. 182). O preço médio da consulta que deve ser realizada trimestralmente, até o autor completar 70 anos, é de R\$ 200,00 (duzentos reais).

VIII.a.e - Do tratamento odontológico

Restou comprovada a lesão dentária com consequente perda parcial dos dentes, porquanto na arcada superior restaram apenas os dois incisivos direitos e na inferior os residuais estão frouxos e desalinhados (fl. 163). O tratamento é imprescindível, à vista de que o autor não consegue mastigar e é forçado a engolir os alimentos. Assim, fazem-se necessárias extrações dentárias no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e a elaboração de duas dentaduras,

superior e inferior, ao preço de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), conforme avaliado pelo perito judicial e pelo laudo da própria ré (fls. 182 e 232).

VIII.a.f - Dos medicamentos anticonvulsivos

O laudo médico de fls. 158/183 ressaltou a necessidade de fármacos anticonvulsivantes, baseado no quadro clínico resultante do traumatismo crânio-encefálico, o qual prevê a probabilidade de distúrbios convulsivos no futuro. Assim, caso o autor venha a fazer uso desse medicamento, caberá ressarcimento mediante petição nos autos com a prova da prescrição médica.

VIII.a.g - Da pensão mensal

Primeiramente, ressalte-se que existe contradição entre os laudos de fls. 158/183 e o psiquiátrico (fls. 373/379) no que toca à perda de capacidade laborativa.

O primeiro entendeu haver incapacidade laboral total, porquanto as lesões sofridas pela vítima, somadas ao seu baixo grau de escolaridade, irão prejudicar o autor nos aspectos de competitividade e competência profissional no mercado de trabalho. Destaca que a porcentagem de incapacidade foi constatada (fl. 180) em 39 %, porque o dano estético está configurado em grau máximo (30%), o que o prejudica sobremaneira de obter emprego. Além disso, cabe ponderar que o dano físico compreende não só a amputação do 4º quirodáctilo esquerdo, como fixado nesse parecer técnico, mas também o traumatismo crânio-encefálico com afundamento do osso frontal, que impossibilita o requerente de executar atividades arriscadas como as que exercia antes do acidente, qual seja, carregamento de caminhões, dado que, em razão da fragilidade em que se encontra sua caixa craniana, eventual novo traumatismo na região da cabeça muito provavelmente seria fatal.

Já o segundo laudo o diagnosticou com deficiência mental leve, existente desde seu nascimento, o que confirmaria que não houve decréscimo de seu nível atual de desempenho em relação ao do período anterior ao acidente, de forma que a incapacidade mental laboral em razão do evento não se confirmaria. Contudo, esse parecer é limitado ao retardamento mental do autor e escasso em seus argumentos, pois não leva em conta as incapacitações decorrentes do acidente e o quadro pessoal do autor. De toda forma, ainda que se considerasse que ele já tinha esse quadro de retardamento antes do acidente, os abalos psicológicos, físicos e estéticos que sofreu em razão do evento, certamente prejudicaram de forma irreversível sua capacidade de aprendizagem e suas habilidades mentais (fl. 208).

Assim, entendo que todas essas circunstâncias desfavoráveis ao apelante, tais como seu baixíssimo grau de escolaridade, já que estudou somente até o 3º ano do ensino fundamental, e os danos físicos e estéticos suportados, consideradas em conjunto, levam a concluir que as perspectivas de ele encontrar um trabalho são ínfimas. Nesse sentido, é o parecer do perito nomeado pelo juízo (fls. 176/177):

Estão presentes cefaléia persistente, algum déficit da memória, dificuldades nas atividades cotidianas, depressão e insônia, dificuldades no pensamento abstrato, dificuldade na rapidez de processamento de informações, e que certamente irão prejudicar sobremaneira o autor nos aspectos de competitividade e de competência profissional no mercado de trabalho, já tão difícil.

A fim de corroborar esse entendimento, trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR. SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CULPA CONTRATUAL. SÚMULA 7. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.

1. Não cabe, em recurso especial, rever a análise da prova para afastar a conclusão do acórdão recorrido de que a infecção de que padeceu o autor teve como causa a internação hospitalar (Súmula 7).

2. Em se tratando de infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente e “essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado” (REsp 116.372/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 2.2.1998).

3. “Não cabe a denúncia quando se pretende, pura e simplesmente, transferir responsabilidades pelo evento danoso, não sendo a denúncia obrigatória nos casos do inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, na linha da jurisprudência da Corte” (REsp 302.205/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 4.2.2002).

4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. *É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das sequelas irreversíveis, mesmo estando a vítima, em tese, capacitada para exercer alguma atividade laboral, pois a experiência comum revela que o portador de limitações físicas tem maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, além da necessidade de despendar maior sacrifício no desempenho do trabalho.*

6. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral. Enunciado 362 da Súmula do STJ.

7. No caso de responsabilidade contratual, os juros de mora incidentes sobre a indenização por danos materiais, mesmo ilíquida, fluem a partir da citação.

8. A indenização por dano moral puro (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) somente passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou. O pedido do autor é considerado, pela jurisprudência do STJ, mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido (Súmula 326). Assim, a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral, sem base de cálculo, não traduzida em dinheiro por sentença judicial, arbitramento ou acordo (CC/1916, art. 1064). Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de indenização por dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização, tendo presente o magistrado, no momento da mensuração do valor, também o período, maior ou menor, decorrido desde o fato causador do sofrimento infligido ao autor e as consequências, em seu estado emocional, desta demora.

9. Recurso especial do réu conhecido, em parte, e nela não provido.

Recurso especial do autor conhecido e parcialmente provido.

(REsp 903.258/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 17/11/2011) - Grifei

Portanto, o autor faz jus à pensão mensal vitalícia, desde a data do evento danoso, no valor de um salário mínimo, à vista de que não tinha emprego fixo antes do acidente com ganhos declarados e apenas realizava “bicos”, conforme entendimento pacificado no âmbito da corte superior, *verbis*:

RECURSOS ESPECIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - ALUNA BALEADA EM CAMPUS DE UNIVERSIDADE - DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS - ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, CONSISTENTE EM GARANTIA DE SEGURANÇA NO CAMPUS RECONHECIDO COM FATOS FIRMADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - FIXAÇÃO - DANOS MORAIS EM R\$ 400.000,00 E ESTÉTICOS EM R\$ 200.000,00 - RAZOABILIDADE, NO CASO - PENSIONAMENTO MENSAL - ATIVIDADE REMUNERADA NÃO COMPROVADA - SALÁRIO MÍNIMO - SOBREVIVÊNCIA DA VÍTIMA - PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA - INVIABILIDADE - DESPESAS MÉDICAS - DANOS MATERIAIS - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - JUROS MORATÓRIOS - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - DANOS MORAIS INDIRETOS OU REFLEXOS - PAIS E IRMÃOS DA VÍTIMA - LEGITIMIDADE - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL - TRATAMENTO PSICOLÓGICO - APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

3.- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a pensão mensal deve ser fixada tomando-se por base a renda auferida pela vítima no momento da ocorrência do ato ilícito. No caso, não restou comprovado o exercício de atividade laborativa remunerada, razão pela qual a pensão deve ser fixada em valor em reais equivalente a um salário mínimo e paga mensalmente.

(...)

10.- Recurso Especial da ré provido em parte, tão-somente para afastar a constituição de capital, e Recurso Especial dos autores improvido.

(REsp 876.448/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 21/09/2010)

Dado que a pensão fixada tem como base o valor de um salário, deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas, o seu valor na data que deveria ter sido pago e, para as vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação. Ressalto que tal não caracteriza a indexação vedada em nosso ordenamento jurídico, mas é tão-somente uma forma de adequar a decisão ao comando constitucional inserido no inciso IV do artigo 7º. Confira-se:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE FILHO. PENSÃO. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SÚMULA Nº 54/STJ.

1. Reconhecendo o acórdão recorrido que havia, de fato, dependência financeira entre a autora e seu filho falecido, descabe suprimir o pensionamento na data em que este completaria 25 (vinte cinco) anos de idade, mas apenas a reduzir-lhe o valor, porquanto o que se presume é que o filho contrairia núpcias e, necessariamente, reduziria sua participação junto à família paterna.

2. Em se tratando de pensionamento decorrente de ato ilícito, conforme a reiterada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o seu caráter sucessivo e alimentar, é possível a vinculação da pensão ao salário mínimo, presumivelmente capaz de suprir as necessidades materiais básicas do alimentando - estendendo a este as mesmas garantias que a parte inicial do artigo 7º, IV, da Constituição Federal concede ao trabalhador e à sua família (REsp 888.699/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA

TURMA, julgado em 08/11/2011).

3. Mesmo naquelas obrigações não quantificadas em dinheiro inicialmente ou ilíquidas, os juros moratórios fluem normalmente da data em que o devedor é constituído em mora, a qual, em se tratando de ato ilícito extracontratual, ocorre com o evento danoso, mercê do que dispõe o art. 398 do Código Civil de 2002. Assim, nas indenizações por danos morais decorrentes de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem desde o evento danoso (Súmula nº 54/STJ; REsp. nº 1.132.866/SP, Segunda Seção).

4. É de se ressaltar que os juros moratórios devem ser um elemento de calibragem da indenização, a depender de quando é ela satisfeita e não de quando é arbitrada. Prestigiam-se os devedores que de forma mais expedita pagam suas dívidas ou acertam extrajudicialmente seus litígios, ao passo que impõe reprimenda mais penosa aos recalcitrantes.

5. Ademais, o tempo transcorrido entre o ato ilícito e o efetivo pagamento não pode militar contra a vítima do dano, mas deve constituir ônus a ser suportado exclusivamente pelo devedor da indenização, o causador do dano injusto.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 949.540/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 10/04/2012) - Grifei

Consoante entendimento firmado no STJ: *Não comprovado o exercício de atividade remunerada pela vítima, não procede o pedido de 13º salário* (REsp 494.183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011).

VIII.a.h - Do montante a ser ressarcido a título de danos materiais

Os danos materiais devem ser fixados em R\$ 44.300,00 (quarenta e quatro mil e trezentos reais), referentes aos gastos com cirurgia do crânio, odontologista e com os próximos três meses de consultas com neurologista, otorrinolaringologista e psicoterapeuta, acrescido da pensão mensal vitalícia de um salário mínimo, desde a data do acidente.

No que se refere ao que aconteceu antes da propositura da ação, não há comprovação nos autos do montante eventualmente dispendido com consultas, internação e remédios. Assim, não cabe indenização.

Ressalte-se que é inaplicável ao caso a norma inserta no parágrafo único do artigo 950 do CC/2002, *verbis*:

Art. 950. se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Por se tratar de norma de direito material, segue a regra “tempus regit actum”. Assim, à vista de que não era vigente à época do fato, não incide no presente pleito.

A indenização por danos materiais exige um prejuízo econômico concreto. Nesse contexto, é indevido o pagamento em parcela única de verba referente a eventuais custos com o tratamento do autor baseado em sua expectativa de vida, sob pena de violar a coisa julgada, que assim não determinou, bem como de configurar o enriquecimento ilícito. Ressalve-se que,

à vista de a condição de saúde do apelante necessitar de cuidado contínuo enquanto viver, o adiantamento dos valores relativos às consultas com neurologista, otorrinolaringologista, psicoterapeuta e medicamentos anticonvulsivos indicados no laudo deverá ser pleiteado mediante a apresentação de petição nos autos com a respectiva prova da necessidade e do seu custo.

VIII.b - DOS DANOS MORAL E ESTÉTICO

Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. Conforme mencionado, são evidentes e irremediáveis as graves consequências psicológicas, sociais e estéticas geradas pelas lesões sofridas com o acidente, as quais certamente agravaram muitas dificuldades já existentes em sua vida e causaram outras, como a baixa auto-estima. Diante desse quadro, penso que a indenização por danos morais e estéticos deve ser fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumpre os critérios mencionados.

Vale a pena citar a jurisprudência pacificada no âmbito da corte superior:

É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.
(Súmula 387, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009)

IX - DOS CONECTÁRIOS LEGAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em relação ao *quantum* fixado a título de dano moral incidirá correção monetária a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e no que toca ao montante do dano material incidirá desde a data do evento (Súmula 43 do STJ), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Já os juros moratórios, em ambos os casos, incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos artigos 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. Inaplicável o artigo 1º-F da Lei nº 9494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, o qual dispõe que a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*, à vista de que foi declarado inconstitucional “por arrastamento” quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão está pendente de publicação. Ressalte-se que a correção monetária não incide no último período, porque é fator que já compõe a referida taxa (REsp 1139997/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011; REsp 938.564/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 16/02/2011).

Verifico que se trata de ação em que foi vencida a fazenda pública, razão pela qual a fixação dos honorários advocatícios deverá ser feita conforme apreciação equitativa, sem a obrigatoriedade de adoção, como base para o cômputo, do valor da causa ou da condenação, conforme artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. Dessa forma, considerado o trabalho realizado e a natureza da causa, fixo-os em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dado que propiciam remuneração adequada e justa ao profissional.

VIII - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação* para julgar parcialmente procedente a ação e condenar a União a pagar ao autor indenização por danos morais e estéticos no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por danos materiais no montante de R\$ 44.300,00 (quarenta e quatro mil e trezentos reais), acrescido de pensão mensal vitalícia equivalente ao valor de um salário mínimo, a partir do evento danoso, e honorários advocatícios de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem prejuízo da obrigação de pagar no futuro os valores relativos às consultas com neurologista, otorrinolaringologista, psicoterapeuta e medicamentos anticonvulsivos, desde que o autor requeira mediante a apresentação de petição nos autos com a respectiva prova da necessidade e do custo. Os juros de mora e a correção monetária incidirão conforme consignado no voto. Custas na forma da lei. Deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas relativas à pensão, o valor do salário mínimo na data em que deveriam ter sido pagas e, para as vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013089-89.2009.4.03.6100
(2009.61.00.013089-1)

Apelante: D BRITO LOYOLA E CIA. LTDA. - ME
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AMS 322007
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT. AGÊNCIA DOS CORREIOS FRANQUEADA. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO. LEGALIDADE. DESVIO DE FINALIDADE DO CONTRATO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR.

1. A impetrante comprovou, de plano, a existência do ato acoimado de coator, o qual, inclusive, foi confirmado pela autoridade impetrada, nos mesmos termos contidos na narrativa da parte impetrante, não havendo que se falar em inadequação da via eleita nem em necessidade de dilação probatória.

2. Trata-se de ação mandamental visando assegurar a realização do procedimento denominado “vinculação” aos contratos celebrados entre a impetrante - Agência do Correio Franqueada - e seus clientes, pela entidade franqueadora - Empresa de Correios e Telégrafos -, a fim de validá-los, procedimento recusado pela ECT sob a justificativa de que a empresa franqueada teria sido mencionada em operação da Polícia Federal, denominada *Déjà Vu*, além do fato de que seu sócio figura como réu na Ação Penal nº 2007.61.10.002128-8.

3. A Lei nº 11.668/2008, regulamentada pelo Decreto 6.639/98, passou a reger os contratos de franquia postal celebrados pela ECT, estabelecendo que, sem prejuízo de suas atribuições, responsabilidades e da ampliação de sua rede própria, a ECT poderá utilizar o instituto da franquia para desempenhar atividades auxiliares relativas ao serviço postal.

4. Sobre os contratos de franquia desse jaez incidem, além das normas de Direito Privado, também as que regem o Direito Público, conforme já assentado pelo Órgão Especial desta Corte (Conflito de Competência nº 0022827-97.2011.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, D.E. Publicado em 19/1/2012).

5. A recusa da franqueadora em proceder à validação dos contratos de prestação de serviços firmados entre franqueada e clientes configura, no plano formal, rescisão indireta do contrato, eis que, à toda evidência, o ato dos Correios colocou empecilho ao pleno exercício das atividades normais da agência franqueada, necessárias à sua sobrevivência e manutenção.

6. O ato ora impugnado, na sua essência, está fundamentado na referida cláusula 9.2 do contrato de franquia, a qual permite a rescisão do contrato se a franqueada deixar de conduzir seus negócios de maneira condizente com a ética comercial e, consoante aos padrões aceitos, utilizados e aprovados pela ECT ou se incorrer em crime ou

contravenção previstos em lei.

7. Os crimes imputados ao sócio da empresa apelada estão umbilicalmente ligados ao objeto da agência franqueada, porquanto diz respeito à compra e transferência de agências franqueadas dos Correios mediante extorsão e tráfico de influência, a justificar plenamente o ato restritivo ora impugnado.

8. É cediço que à ECT cabe estabelecer critérios a serem preenchidos pelas agências de correio franqueadas, a fim de evitar quaisquer transtornos no atendimento aos clientes, preservando, assim, a qualidade do serviço postal sob sua responsabilidade e monopólio.

9. Aqui não se há de confundir os princípios regentes do contrato administrativo, que inevitavelmente apontam para a prevalência do interesse público sobre o particular, com a presunção de inocência do representante legal da empresa franqueada.

10. Se houver, como aqui há, fortes indícios da utilização criminosa do contrato de franquia em questão, forçosa a conclusão de que ocorreu, por ato da empresa franqueada, o desvio de finalidade do contrato.

11. A presunção de inocência há que ser considerada em seu aspecto próprio: diz com uma garantia constitucional e pessoal do réu em processo criminal, que eventualmente pode, em tese e se for o caso, ser oposta à Administração mediante pleito de indenização em vias próprias, mas não pode lhe tolher, nas circunstâncias da espécie, à prática de um poder-dever em defesa do interesse público, qual seja, a rescisão direta ou indireta de um contrato de franquia utilizado para fins ilícitos.

12. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por D BRITO LOYOLA E CIA. LTDA. - ME, Agência do Correio Franqueada, em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, visando assegurar a “vinculação” dos contratos celebrados entre a impetrante e seus clientes pela entidade franqueadora, uma vez que esta vinha se recusando a efetuar tal procedimento.

Foi deferida a medida liminar, ensejando a interposição de agravo de instrumento, ao qual restou indeferido o efeito suspensivo postulado. Após a prolação da sentença, foi julgado prejudicado o agravo.

A sentença denegou a segurança, ao fundamento de que o exame aprofundado dos motivos que levaram a impetrada a suspender os atos de vinculação dos contratos privados firmados pela impetrante demandaria ampla dilação probatória, não podendo ser desenvolvido na via estreita do mandado de segurança.

Apela a impetrante, relatando que firmou com a ECT “Contrato de Franquia Empresarial” e posteriores aditivos contratuais, plenamente vigentes, para fins de outorga do direito do uso da marca dos Correios. Afirma que, de acordo com tal contrato, a franqueada (impetrante) deve submeter à franqueadora (ECT) todos os contratos de prestação de serviços avançados com empresas privadas, para que, após aprovação da franqueadora, por meio do procedimento denominado “vinculação”, passe tais contratos a vigorar. Contudo, em resposta a ofício encaminhado à ECT, a demandante foi informada de que seus contratos não mais seriam submetidos à vinculação, simplesmente por ter sido a empresa apelante mencionada em operação deflagrada pela Polícia Federal - batizada *Déjà Vu* -, e em razão da existência da Ação Penal nº 2007.61.10.002128-8, em trâmite na Justiça Federal de Sorocaba, movida em face de vários réus, inclusive o representante legal da empresa impetrante.

Alega ser ilegal e arbitrária a atitude da apelada, sustentando, em síntese, que: a) a mera existência de qualquer tipo de processo contra pessoa física ou jurídica, sem que haja o trânsito em julgado de decisão condenatória, não justifica a aplicação de sanção de qualquer espécie; b) a apelada está aplicando verdadeira penalidade não especificada em lei, tampouco no contrato de franquia, sem que ao menos tenha sido instaurado prévio procedimento administrativo para apuração de eventuais irregularidades, ferindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; c) todos os fatos narrados na inicial foram confirmados pela impetrada em suas informações, não havendo controvérsia quanto à existência do ato coator, tampouco em relação à sua motivação, sendo desnecessária qualquer prova adicional para a demonstração do direito líquido e certo ora defendido; d) os contratos de prestação de serviços em questão, os quais necessitam da denominada “vinculação”, são essenciais para a sobrevivência da empresa franqueada, pois representam a maior parte do seu faturamento.

Em contrarrazões, afirma a apelada que a apelante não está representada nos autos, pois o contrato social da empresa determina que a administração da sociedade seja exercida pelo sócio Daniel Brito Loyola, individualmente, sendo que o instrumento de procuração juntado aos autos foi assinado por Damiano João Giacomim. No mais, sustenta o acerto da sentença recorrida, pugnando pelo não provimento da apelação.

Opinou o Ministério Público Federal pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Inicialmente, afasto a alegação de irregularidade na representação processual, tendo em vista a existência nos autos de instrumento de procuração pública, pelo qual o representante legal da impetrante, *Daniel Brito Loyola*, confere a *Damiano João Giacomim* poderes para constituir advogados (fls. 433), regularizando a representação processual da pessoa jurídica impetrante/apelante.

Entendo, ainda, que não deve prevalecer, no caso, o entendimento de que a presente via é inadequada à pretensão.

É certo que o mandado de segurança exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação do direito líquido e certo, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental. Na presente hipótese, contudo, verifica-se que a impetrante

comprovou, de plano, a existência do ato acoimado de coator, o qual, inclusive, foi confirmado pela autoridade impetrada, nos mesmos termos contidos na narrativa da parte impetrante.

Outrossim, não há que se falar em necessidade de dilação probatória, pois os documentos acostados aos autos se mostram suficientes para a aquilatação do direito líquido e certo defendido pela impetrante, que se confunde com o mérito, e com ele será analisado.

Trata-se o feito de ação mandamental visando assegurar a realização do procedimento denominado “vinculação” aos contratos celebrados entre a impetrante - Agência do Correio Franqueada - e seus clientes, pela entidade franqueadora - Empresa de Correios e Telégrafos -, a fim de validá-los. Alega a impetrante que a ECT recusa-se arbitrariamente a vincular os seus contratos, sob a justificativa de que a empresa franqueada teria sido mencionada em operação da Polícia Federal, denominada *Déjà Vu*, além do fato de que seu sócio figura como réu na Ação Penal nº 2007.61.10.002128-8.

Pois bem. Para a análise do direito da impetrante é necessário, primeiramente, perscrutar acerca da natureza jurídica do contrato de franquia firmado entre a impetrante (franqueada) e a ECT (franqueadora).

Quanto ao tema, é certo que a Lei nº 11.668/2008, regulamentada pelo Decreto 6.639/98, passou a reger os contratos de franquia postal celebrados pela ECT, estabelecendo que, sem prejuízo de suas atribuições, responsabilidades e da ampliação de sua rede própria, a ECT poderá utilizar o instituto da franquia para desempenhar atividades auxiliares relativas ao serviço postal.

Dispõe o artigo 3º da lei referida, ainda, que tais contratos serão regidos, subsidiariamente, “pelas Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e 8.666, de 21 de junho de 1993, utilizando-se o critério de julgamento previsto no inciso IV do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

Constata-se, pois, que, sobre os contratos de franquia desse jaez incidem, além das normas de Direito Privado, também as que regem o Direito Público, conforme legislação de regência subsidiária mencionada.

Acerca da natureza jurídica dos contratos de franquia postal, o Órgão Especial desta Corte já assentou o entendimento de que sobre eles incidem as normas de direito público. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ADEQUAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS - ECT - EXIGÊNCIAS CONSTANTES DE PROCESSO LICITATÓRIO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA - DIREITO PÚBLICO - ANULABILIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - COMPETÊNCIA DAS TURMAS QUE COMPÕEM A 2ª SEÇÃO.

I - Eventuais exigências impostas pela ECT, para autorizar a inauguração da agência postal franqueada, emanam do edital de licitação (modalidade concorrência) e, assim, neste particular, incidem as normas de Direito Público.

II - A matéria vertida no recurso originário - licitação, nulidade ou anulabilidade de ato administrativo - é afeta à competência das Turmas que compõem a E. 2ª Seção, conforme previsão contida no art. 10, parágrafo 2º, incisos II e III, do Regimento Interno desta Corte Regional.

III - Conflito negativo de competência procedente para declarar a competência da E. Desembargadora Federal suscitada.

(Conflito de Competência nº 0022827-97.2011.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, D.E. Publicado em 19/1/2012)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRANQUIA POSTAL.

PRAZO. LEI Nº 12.400/2011.

- Hipótese de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em autos de ação declaratória ajuizada por agência franqueada em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT visando discutir a validade de exigências de adequações e padronizações impostas pela ECT à autora antes do prazo de 12 meses previsto na Lei nº 12.400/2011. Orientação de que nos contratos de franquia também incidem normas de direito público, no particular as exigências para autorização de funcionamento às agências franqueadas, a ensejar a competência da E. 2ª Seção desta Corte. Precedente do Órgão Especial.

- Conflito de competência julgado procedente.

(Conflito de Competência nº 2011.03.00.034531-0, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, D.E. publicado em 25/07/2012)

Segundo os julgados mencionados, as exigências impostas pela ECT para autorizar a inauguração de agência postal franqueada emanam de edital de licitação e, assim, neste particular, incidem as normas de Direito Público.

Nesse passo, é certo dizer que a eventual rescisão do contrato de franquia, antes do prazo de sua validade, pode ser levada a efeito por iniciativa da Empresa de Correios e Telégrafos, com vistas ao *interesse público*.

Com efeito, é justamente essa a permissão legal contida no artigo Art. 4º da Lei nº 11.668/2008, ao delimitar como essenciais ao contrato de franquia postal, entre outras, as disposições relativas:

- ao modo, forma e condições de exercício da franquia;
- às penalidades contratuais a que se sujeitam as partes contratantes e sua forma de aplicação;
- aos casos de extinção da franquia, antes de vencido o seu prazo de vigência, por cometimento de falta grave contratual pela franqueada.

De fato, consta do contrato de franquia em questão as disposições relativas aos temas acima referidos, cabendo destacar, no que interessa à questão posta, a seguinte cláusula:

9.2. A FRANQUEADORA poderá considerar rescindido o presente contrato de imediato, independente de notificação ou interpelação, na ocorrência de qualquer dos seguintes eventos:

- a) se a FRANQUEADA entrar em regime de falência, concordata, liquidação judicial ou extrajudicial;
- b) se ocorrer protesto ou execução de título contra a FRANQUEADA ou seus titulares;
- c) se a FRANQUEADA deixar de conduzir seus negócios de maneira condizente com a ética comercial e, consoante aos padrões aceitos, utilizados e aprovados;
- d) se a FRANQUEADA incorrer em crime ou contravenção previstos em lei.

Pois bem, no caso, ocorreu de fato a recusa da franqueadora em proceder à validação dos contratos de prestação de serviços firmados entre franqueada e clientes. Ora, configurou-se, assim, no plano formal, *rescisão indireta do contrato*, eis que, à toda evidência, o ato dos Correios colocou empecilho ao pleno exercício das atividades normais da agência franqueada, necessárias à sua sobrevivência e manutenção.

De fato, de acordo com os documentos dos autos, constata-se que a recusa em proceder à vinculação dos contratos privados se justificou pelo fato de o representante legal da franqueada figurar como réu em ação penal (nº 2007.61.10.002128-8), pelos crimes de formação de quadrilha, uso de documento falso e falsidade ideológica, o que indicaria, segundo entendimento

da franqueadora, a não observância a cláusulas contratuais por parte da empresa franqueada.

Dessarte, temos que o ato ora impugnado, na sua essência, está fundamentado na referida cláusula 9.2 do contrato de franquia, acima transcrita, a qual permite a rescisão do contrato *se a franqueada deixar de conduzir seus negócios de maneira condizente com a ética comercial e, consoante aos padrões aceitos, utilizados e aprovados pela ECT ou se incorrer em crime ou contravenção previstos em lei.*

Assim, em se constatando fortes indícios de envolvimento dos sócios da franqueada em atividades ilegais, entendo que a medida administrativa de rompimento contratual, seja direto ou indireto, como no caso, é perfeitamente cabível, considerando, como dito, que o contrato em testilha sofre o influxo das normas que norteiam os contratos administrativos, podendo a ECT - empresa pública - exercer poder exorbitante a fim de zelar por sua imagem, pela qualidade dos serviços prestados e pela preservação do seu patrimônio, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado.

De se ver, ainda, que, os crimes imputados ao sócio da empresa apelada - Sr. Daniel Brito Loyola -, estão umbilicalmente ligados ao objeto e, quiçá, à própria existência da agência franqueada apelante, porquanto na Ação Penal nº 2007.61.10.002128-8, a Justiça Federal acatou denúncia do Ministério Público Federal contra várias pessoas envolvidas na Operação *Déjà Vu*, esquema desbaratado pela Polícia Federal, o qual consistia na compra e transferência de agências franqueadas dos Correios mediante extorsão e tráfico de influência, a justificar plenamente o ato restritivo ora impugnado.

Deveras, é cediço que à ECT cabe estabelecer critérios a serem preenchidos pelas agências de correio franqueadas, a fim de evitar quaisquer transtornos no atendimento aos clientes, preservando, assim, a qualidade do serviço postal sob sua responsabilidade e monopólio.

Nesse sentido colho os seguintes julgados dos Tribunais Regionais:

ACÇÃO DE COBRANÇA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS. CONTRATO DE FRANQUIA. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RESCISÃO UNILATERAL. RECONVENÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL NÃO CONFIGURADOS.

1. A ECT junta aos autos documentos que comprova a efetiva prestação de serviços, bem como o inadimplemento das faturas por parte da ré. Também restou provado a tentativa de solução amigável, que restou infrutífera, bem como a notificação extrajudicial que em nada resultou.

2. *Em contratos como os da espécie vigora o princípio da supremacia do interesse público, pelo que o particular se sujeita às alterações contratuais e até mesmo à rescisão contratual em razão do interesse público.*

3. As chamadas “cláusulas exorbitantes” são implícitas em todo contrato administrativo. A administração tem o poder de fixar e alterar unilateralmente os termos do contrato, bem como de rescindi-lo unilateralmente sempre que achar conveniente ao interesse público. Não vigora, aqui, as regras do Código de Defesa do Consumidor, como pretende a ré.

4. A rescisão contratual se deu em razão do descumprimento pela ré das obrigações assumidas contratualmente.

5. Apelação improvida.

(TRF3: AC 00118954019984036100, Relator JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA D, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/09/2011, grifos meus)

ADMINISTRATIVO. CONTRATUAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS - EBCT. AGÊNCIA FRANQUEADA. RESCISÃO. LEGALIDADE. Na concessão ao particular de prestação de serviço público essencial por meio do contrato de franquia a Administração Federal conserva a titularidade e a plena disponibilidade sobre tal serviço, o que a autoriza a controlar

e fiscalizar a sua execução, bem como a rescindir o contrato. O conjunto de infrações evidenciava abuso intolerável da franqueada e diante do qual a Administração Pública não pode ficar inerte, sob pena de incorrer em negligência e omissão em detrimento do interesse público. O descumprimento de cláusulas contratuais enseja a rescisão contratual, com fundamento na Cláusula Quinta, item 9.2, letra “c” do Quinto Termo Aditivo do Contrato de Franquia Empresarial. *Verificado que a franqueada deixou de conduzir suas atividades de modo condizente com a ética comercial e consoante os padrões aceitos, utilizados e aprovados pela Empresa Brasileira dos Correios e Telégrafos - EBCT, a rescisão do contrato se impõe.* Sucumbência mantida por ausência de impugnação. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Confirmadas as sentenças da cautelar nº 1999.72.00.010906-1, da ordinária nº 2000.72.00.000707-4 e da reconvenção nº 2000.72.00.001931-3. Apelação improvida.

(TRF4: AC 200072000007074, Relator Desembargador Federal NICOLAU KONKEL JÚNIOR, TERCEIRA TURMA, D.E. 16/09/2009, grifos meus)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE FRANQUIA COM EMPRESA PÚBLICA. RESCISÃO. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

1 - O contrato de franquia empresarial celebrado pela EBCT e a Impetrante sujeita-se à disciplina da Lei nº 8.666/93, razão pela qual, em caso de inexecução total ou parcial do contrato ou ocorrendo fatores que prejudiquem sua execução, bem como por razão de interesse público, a lei vincula o Poder Público a rescindi-lo.

2 - *Em se tratando de contrato realizado pela Administração com particular, e em razão de seu poder exorbitante, reveste-se de licitude a cláusula regulamentar do contrato que assegura à franqueadora a rescisão contratual na hipótese de a franqueada deixar de conduzir seus negócios de maneira condizente com a ética comercial e consoante os padrões aceitos pela franqueadora.*

3 - Além disso, em razão de comprovada notificação da Impetrada no processo administrativo que culminou na resolução contratual, não há discutir da legalidade do ato administrativo em questão.

(TRF4: AMS 199972000106965, Relator(a), LUIZA DIAS CASSALES, TERCEIRA TURMA, DJ 07/11/2001, grifos meus)

ADMINISTRATIVO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - DIREITO DE DEFESA - OBSERVÂNCIA - ECT -- CONTRATO DE FRANQUIA - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL- RESCISÃO UNILATERAL - POSSIBILIDADE.

I - Não viola direito de defesa da Impetrante procedimento administrativo que conta com a participação dos seus sócios, seja prestando depoimento, seja colaborando de outras formas na investigação.

II - Comprovada a existência de irregularidades no serviço prestado pela agência franqueada, cabe à ECT, como franqueadora e delegatária do serviço postal, com base, inclusive, em dispositivos contratuais, rescindir unilateralmente o contrato de franquia.

III - Remessa necessária provida.

(TRF2: AMS 9402174257, Relator(a) Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, SEXTA TURMA, DJU - Data: 11/09/2001)

Outrossim, ressalto que aqui não se há de confundir os princípios regentes do contrato administrativo, que inevitavelmente apontam para a prevalência do interesse público sobre o particular, com a presunção de inocência do representante legal da empresa franqueada. Estamos, sim, neste pleito, a julgar a rescisão, direta ou indireta, de um contrato administrativo que forçosamente há sempre que perseguir a prestação de serviço público mediante objeto útil e lícito.

Se houver, como aqui há, fortes indícios da utilização criminosa do contrato de franquia em questão, forçosa a conclusão de que ocorreu, por ato da empresa franqueada, o *desvio de finalidade do contrato*. Vale dizer, quem deu causa à rescisão do contrato foi o administrado, e não a Administração. A questão da formalização da rescisão por parte dos Correios é que foi feita de forma equivocada, ou seja, em vez de declarar a rescisão, passou a entidade administrativa a não aprovar os contratos de prestação de serviços por ela apresentados, acabando por negar operacionalidade à franquia.

De qualquer sorte, o certo é que a avença administrativa não poderia mesmo prosseguir, divorciada que estava do seu princípio maior, qual seja, a prevalência do interesse público.

A *contrário sensu*, convenhamos, tal seria que, nessas circunstâncias, de provável utilização criminosa do contrato administrativo - diga-se que o representante legal da franqueada veio inclusive a ser condenado em primeiro grau de jurisdição -, o Poder Público tivesse ainda, por imposição judicial, como quer a apelante, que dar obrigatoriamente continuidade à avença até o trânsito em julgado da ação penal, possibilitando a continuidade da prática delitiva pela franqueada, bem como propiciando quiçá eventual indenização pela suspensão da operacionalidade do contrato.

Quanto ao princípio constitucional da presunção de inocência, insistentemente arguido pela apelante, há de ser considerado no seu aspecto próprio, qual seja, no processo criminal, o qual obviamente não se comunica à pessoa jurídica, que é a contratada na franquia. Para os efeitos da rescisão contratual administrativa a pessoa jurídica contratada foi quem empreendeu, ainda que pelas mãos do seu representante legal, a princípio, o desvio de finalidade do contrato e, assim, deve sofrer as consequências da rescisão, direta ou indireta, sempre em prol da prevalência do princípio maior no campo dos contratos administrativos, que é o do interesse público.

Portanto, deve ser mantida a sentença que denegou a segurança, pelos fundamentos aqui expostos.

Dessa forma, *nego provimento* à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0015456-52.2010.4.03.6100
(2010.61.00.015456-3)

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

Apelado: JOSE HILTON NEVES SANTOS

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

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN

Classe do Processo: AMS 331590

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. AGRAVO RETIDO NÃO REITERADO. LEI 9.696/98. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. PROFISSIONAL DE BOXE. ESPORTE DE COMBATE. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM A LEI. PROVA PRECONSTITUÍDA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDOS.

1. O agravo de instrumento convertido em retido não deve ser conhecido, vez que não reiterado na oportunidade própria.

2. Trata-se de mandado de segurança, impetrado para o livre exercício da profissão de “Professor/Instrutor de Boxe”, sem a exigência de inscrição perante o Conselho Regional de Educação Física de São Paulo - CREF4/SP, e sem pagamento de anuidades ou assemelhados.

3. Encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não tem efeito suspensivo a apelação contra sentença denegatória ou concessiva da ordem em mandado de segurança (artigo 14, § 3º, da Lei 12.016/2009), ressalvadas as hipóteses excepcionais de perecimento de direito, consoante o artigo 558 do Código de Processo Civil.

4. O apelante argumentou a concessão de efeito suspensivo no sentido de que haveria prejuízos à autarquia e risco à sociedade, em virtude da determinação para que o autor possa exercer livremente a profissão de professor de boxe, ressaltando, outrossim, que a atuação estatal se faz necessária devido à ausência de “aptidão técnica” dos profissionais que não estiverem sob sua fiscalização. Como se vê, não existe excepcionalidade a ser tutelada, devendo, portanto, a apelação ser processada no efeito que lhe é legalmente atribuído.

5. O artigo 2º, III, da Lei 9.696/98 estabeleceu que serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os profissionais que, até a data do início da vigência desta lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

6. Desta forma, o dispositivo legal delegou para ato infralegal a regulamentação da forma de comprovação do exercício profissional visando à inscrição no Conselho Federal de Educação Física.

7. A Resolução CONFEF 45/2002 dispôs que: “Art. 1º - O requerimento de inscrição dos não graduados em curso superior de Educação Física, perante os Conselhos Re-

gionais de Educação Física - CREFs, em categoria PROVISIONADO, far-se-á mediante o cumprimento integral e observância dos requisitos solicitados. Art. 2º - Deverá o requerente apresentar comprovação oficial da atividade exercida, até a data do início da vigência da Lei nº 9696/98, ocorrida com a publicação no Diário Oficial da União (DOU), em 02 de Setembro de 1998, por prazo não inferior a 03 (três) anos, sendo que, a comprovação do exercício, se fará por: I - carteira de trabalho, devidamente assinada; ou, II - contrato de trabalho, devidamente registrado em cartório; ou, III - documento público oficial do exercício profissional; ou, IV - outros que venham a ser estabelecidos pelo CONFEF.”

8. Por sua vez, a Resolução CREF4/SP 45/2008 estabeleceu que: “Art.1º - O requerimento de inscrição dos não graduados em curso superior de Educação Física, perante o Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP, em categoria PROVISIONADO, far-se-á mediante a observância e cumprimento integral dos requisitos exigidos nesta Resolução. Art. 2º - Deverá o requerente apresentar comprovação oficial da atividade exercida, até a data do início da vigência da Lei nº 9696/98, ocorrida com a publicação no Diário Oficial da União, em 02 de setembro de 1998, por prazo não inferior a 03 (três) anos, sendo que a comprovação do exercício se fará por: I - carteira de trabalho, devidamente assinada ou II - contrato de trabalho, com firmas reconhecidas das partes em cartório à época de sua celebração ou III - documento público oficial do exercício profissional ou IV - outros que venham a ser estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física - CONFEF. § 1º - Entende-se por documento público oficial do exercício profissional, referido no “caput” deste artigo, para fins de registro de profissionais não graduados perante o CREF4/SP, como o Certificado, a Certidão, o Atestado ou a Declaração expedida por órgão da administração pública direta ou entidade da administração pública indireta, da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, subscrita pela respectiva autoridade gestora ou responsável pelo departamento pessoal, com a finalidade estrita de atestar a experiência profissional do requerente de registro profissional junto ao CREF4/SP.”

9. A Resolução CREF4/SP 45/2008 apenas definiu o que poderia ser considerado documento público oficial do exercício profissional, em concordância com a Resolução CONFEF 45/2002, que regulamentou o previsto no artigo 2º, III, da Lei 9.696/98.

10. Entretanto, o aludido inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.696/98, ao delegar competência ao Conselho Federal de Educação Física para estabelecer regras para a inscrição dos profissionais da área que já estivessem no exercício da profissão quando de seu advento é norma *aberta*, que pode ensejar contraposição com o princípio da reserva legal, contido nos artigos 5, inciso XII c.c. o artigo 22, inciso XVI, da Constituição Federal, razão pela qual *a análise deve ser efetivada caso a caso*.

11. Um desporto de combate é um esporte de contato competitivo onde dois combatentes lutam um contra o outro usando regras de contato, com o objetivo de simular partes do combate corpo-a-corpo verdadeiro.

12. As artes marciais de competição, as artes marciais mistas, o boxe e a esgrima são os exemplos de esportes de combate.

13. O boxe é condicionado a regras próprias, grande disciplina técnica e, a princípio, não foi criado para guerra, por isso não é arte marcial, nada obstante ser utilizado como esporte ou para defesa pessoal.

14. Conquanto a Constituição Federal tenha estabelecido a liberdade de profissão, pressupôs também (artigos 5º, inciso XIII, 21, inciso XXIV, e 22, inciso XVI) que a

lei pode exigir, nas profissões em que se busca preservar a vida, a saúde, a liberdade e a honra, o profissional esteja submetido ao controle de um Conselho Profissional, *respeitando-se o princípio da reserva legal*.

15. Desse modo, foi permitido definir o que poderia ser considerado documento público oficial do exercício profissional, vedando-se ao Conselho Federal ou aos Conselhos Regionais de Educação Física irem além da letra da Lei nº 9.696/98 a pretexto de regulamentar a profissão.

16. O impetrante, para comprovar sua experiência profissional e pleitear o livre exercício de instrutor de boxe, sem a ingerência do CREF4/SP, juntou aos autos Declaração da Associação Limeira de Taekwondo e Boxe, tendo sido afirmado que ele trabalhou como instrutor de boxe de 1992 até 1998.

17. Colacionou, outrossim, cópia do Ranking Brasileiro de Boxe Profissional do ano de 2010, emitido pela Confederação Brasileira de Boxe, figurando como 3º colocado na categoria “Super Médio”, além de documento oriundo do sítio www.boxrec.com, grafado em inglês, onde são enumerados dados técnicos e lutas realizadas em diversos países da Europa, América do Norte e do Sul, com os respectivos adversários.

18. Na via mandamental, o direito líquido e certo deve ser comprovado de plano. Não há nos autos elementos que enfraqueçam a prova coligida, mostrando-se idônea à comprovação do direito do impetrante, não necessitando dilação probatória para a sua confirmação.

19. Apelação e remessa oficial improvidas.

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, 03 de outubro de 2013.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, no qual o impetrante pretende obter tutela jurisdicional que lhe permita exercer livremente a profissão de “Professor/Instrutor de Boxe”, sem a exigência de inscrição perante o Conselho Regional de Educação Física de São Paulo - CREF4/SP, e sem pagamento de anuidades ou qualquer outro título em relação às atividades de luta de boxe. Subsidiariamente, requer a inscrição provisionada nos quadros da autarquia.

Da decisão concessiva da liminar, o CREF4/SP interpôs agravo de instrumento (f. 167/200), convertido em retido (f. 204/6), sem reiteração na oportunidade própria.

A sentença concedeu a ordem.

O CREF4/SP apelou, alegando que: (1) o recurso deve ser recebido em ambos os efeitos, tendo em vista os prejuízos acarretados da decisão que acolheu a pretensão de livre exercício da atividade; (2) o Conselho Regional de Educação Física de São Paulo - CREF4/SP detém poder

de polícia, na medida em que, além de fiscalizar e regulamentar o exercício profissional, expede cédulas de identidade profissional aos formados e provisionados (não graduados), evitando que alguém despreparado cause danos a saúde de outrem; (3) nos termos do artigo 3º da Lei Federal 9.696/98, compete privativamente ao profissional de educação física operacionalizar o desporto, razão pela qual esse profissional deverá obrigatoriamente possuir registro junto ao Sistema CONFEF/CREFs, não podendo o Judiciário relativizar a exigência; (4) a Federação Paulista de Boxe não tem o poder de inspeção e fiscalização, tratando-se de entidade privada; (5) o boxe é esporte e não arte marcial, não sendo atingido pela decisão da ACP 2004.61.00.006515-3, que declarou a inexigibilidade da inscrição no CREF4/SP aos “praticantes de capoeira, artes marciais, dança e ioga”; (6) não houve fundamentação “jurídico-técnico-científico” na sentença; (7) “O CONFEF, valendo-se do seu poder regulamentar, delegado pelo inciso III do art. 2º, da Lei Federal 9.696/98, tratou de indicar quais os documentos que seriam aceitos como prova do exercício de atividades próprias dos profissionais de educação física, publicando a Resolução CONFEF nº 13/99, revogada pela Resolução CONFEF nº 45/02, que, nos incisos de seu art. 2º arrola os documentos necessários para a citada comprovação”; (8) A Resolução nº 45/2008 não inovou o ordenamento jurídico, máxime porque repetiu o conteúdo do artigo 2º da Resolução CONFEF nº 45/2002, no sentido da comprovação, através determinados documentos - “Documento Público Oficial”, a exigência mínima de três anos de atuação na área; (9) a doutrina e a jurisprudência se direcionam no sentido da legalidade das Resoluções do CONFEF e CREF4/SP; (10) os documentos apresentados pelo impetrante não são aptos à comprovação pleiteada.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela não concessão do efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, pelo não provimento da remessa oficial e da apelação.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Senhores Desembargadores, o agravo de instrumento convertido em retido não deve ser conhecido, vez que não reiterado na oportunidade própria.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado para o livre exercício da profissão de “Professor/Instrutor de Boxe”, sem a exigência de inscrição perante o Conselho Regional de Educação Física de São Paulo - CREF4/SP, e sem pagamento de anuidades ou assemelhados.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não tem efeito suspensivo a apelação contra sentença denegatória ou concessiva da ordem em mandado de segurança (artigo 14, § 3º, da Lei 12.016/2009), ressalvadas as hipóteses excepcionais de perecimento de direito, consoante o artigo 558 do Código de Processo Civil, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

AI 00283283220114030000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 14/09/2012: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. CABIMENTO.

RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a apelação de sentença denegatória da ordem possui efeito meramente devolutivo, podendo ser recebida em ambos os efeitos apenas quando demonstrados, de plano, o risco de lesão grave ou de difícil reparação, além da plausibilidade jurídica do pedido de reforma da sentença no julgamento do recurso de apelação.
2. Caso em que a argumentação da excepcionalidade resumiu-se a que haveria risco de conversão em renda de depósito judicial na pendência do apelo, o que seria ilegal, dada a necessidade de trânsito em julgado.
3. No entanto, o efeito meramente devolutivo não abrangeu a ordem para a conversão em renda de depósito judicial em antecipação ao trânsito em julgado da denegação da ordem, que exige decisão expressa, inexistente nos autos, razão pela qual inviável o recurso interposto, sem prejuízo de que conversão em renda, tal qual alegada agora, seja impugnada quando efetivamente determinada, o que, por ora, não ocorre nem decorre da decisão agravada.
4. Agravo inominado desprovido.

AI 00041883120114030000, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, e-DJF3 20/01/2012: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA DENEGATÓRIA - RECURSO DE APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS.

1. Nos termos do artigo 20 da Lei nº 11.033/04, as intimações dar-se-ão pessoalmente apenas mediante a entrega dos autos com vista, quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, e não com a juntada do mandado de intimação cumprido.
2. A legislação aplicável à espécie é a novel Lei nº 12.016/09, pois, na esteira do entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, “a lei vigente na data do julgamento, em que proclamado o resultado (art. 556, CPC), rege a interposição do recurso” (STJ, Corte Especial, EREsp 615.226, j. 1º.08.2006, DJ 23.04.2007, p. 227).
3. O recurso em mandado de segurança, por lei, não dispõe de efeito suspensivo, não sendo possível atribuir tal desiderato quando não houver fortes razões para isso.
4. Tenho admitido, na esteira de reiteradas decisões desta Egrégia Terceira Turma, o cabimento do efeito suspensivo em casos excepcionais, nos quais seja plausível a possibilidade de reforma da sentença recorrida e factível o receio de inocuidade da tardia tutela recursal.
5. Agravo legal a que se nega provimento.

AI 00180226720124030000, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, e-DJF3 19/10/2012: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. APELAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A sentença denegatória possui conteúdo declaratório negativo. Assim, não emana ordem a ser cumprida, razão pela qual o recurso dela interposto é recebido tão-somente no efeito devolutivo.
2. A questão relativa à manutenção dos efeitos de uma liminar concedida no curso do processo não justifica, por si só, a alteração dos efeitos da apelação contra sentença de denegação da segurança.
3. Apenas excepcionalmente admite-se o deferimento do efeito suspensivo, quando o risco de se frustrar decisão porventura concessiva do pleito se mostra indubitado e a denegação da ordem, com recebimento do apelo no efeito meramente devolutivo, causa, ao direito da parte, lesão irreparável, o que não se afigura “in casu”.
4. Agravo de instrumento desprovido.

AI 00216327720114030000, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 26/01/2012: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA

DENEGATÓRIA DA ORDEM. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO CABIMENTO.

1. A regra geral no tocante ao efeito da apelação interposta contra sentença proferida em mandado de segurança, ao que se infere do disposto no § 3º, do art. 14, da Lei nº 12.016/09, é que o recurso deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, com exceção apenas das previsões legais expressas ou somente em situações excepcionalíssimas, quando demonstrada a relevância da fundamentação e o risco de lesão grave e de difícil reparação, nos termos do art. 558, do Código de Processo Civil.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Na hipótese *sub judice*, não restou evidenciada a presença dos requisitos a justificar a concessão de efeito suspensivo à apelação, como prevê o art. 558, do CPC. 4. Agravo de instrumento improvido.

No caso dos autos, o apelante argumentou a concessão de efeito suspensivo no sentido de que haveria prejuízos à autarquia e risco à sociedade, em virtude da determinação para que o autor possa exercer livremente a profissão de professor de boxe, ressaltando, outrossim, que a atuação estatal se faz necessária devido à ausência de “aptidão técnica” dos profissionais que não estiverem sob sua fiscalização. Como se vê, não existe excepcionalidade a ser tutelada, devendo, portanto, a apelação ser processada no efeito que lhe é legalmente atribuído.

O artigo 2º, III, da Lei 9.696/98 estabeleceu que serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os profissionais que, até a data do início da vigência desta lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, *nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física*.

Desta forma, o dispositivo legal delegou para ato infralegal a regulamentação da forma de comprovação do exercício profissional visando à inscrição no Conselho Federal de Educação Física.

A Resolução CONFEF 45/2002 dispôs que:

Art. 1º - O requerimento de inscrição dos não graduados em curso superior de Educação Física, perante os Conselhos Regionais de Educação Física - CREFs, em categoria PROVISIONADO, far-se-á mediante o cumprimento integral e observância dos requisitos solicitados.

Art. 2º - Deverá o requerente apresentar comprovação oficial da atividade exercida, até a data do início da vigência da Lei nº 9696/98, ocorrida com a publicação no Diário Oficial da União (DOU), em 02 de Setembro de 1998, por prazo não inferior a 03 (três) anos, sendo que, a comprovação do exercício, se fará por:

I - carteira de trabalho, devidamente assinada; ou,

II - contrato de trabalho, devidamente registrado em cartório; ou,

III - documento público oficial do exercício profissional; ou,

IV - outros que venham a ser estabelecidos pelo CONFEF.

Por sua vez, a Resolução CREF4/SP 45/2008 estabeleceu que:

Art. 1º - O requerimento de inscrição dos não graduados em curso superior de Educação Física, perante o Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP, em categoria PROVISIONADO, far-se-á mediante a observância e cumprimento integral dos requisitos exigidos nesta Resolução.

Art. 2º - Deverá o requerente apresentar comprovação oficial da atividade exercida, até a data do início da vigência da Lei nº 9696/98, ocorrida com a publicação no Diário Oficial da União, em 02 de setembro de 1998, por prazo não inferior a 03 (três) anos, sendo que a

comprovação do exercício se fará por:

I - carteira de trabalho, devidamente assinada ou

II - contrato de trabalho, com firmas reconhecidas das partes em cartório à época de sua celebração ou

III - documento público oficial do exercício profissional ou

IV - outros que venham a ser estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física - CONFEF.

§ 1º - Entende-se por documento público oficial do exercício profissional, referido no “caput” deste artigo, para fins de registro de profissionais não graduados perante o CREF4/SP, como o Certificado, a Certidão, o Atestado ou a Declaração expedida por órgão da administração pública direta ou entidade da administração pública indireta, da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, subscrita pela respectiva autoridade gestora ou responsável pelo departamento pessoal, com a finalidade estrita de atestar a experiência profissional do requerente de registro profissional junto ao CREF4/SP.

A Resolução CREF4/SP 45/2008 apenas definiu o que poderia ser considerado documento público oficial do exercício profissional, em concordância com a Resolução CONFEF 45/2002, que regulamentou o previsto no artigo 2º, III, da Lei 9.696/98.

Entretanto, o aludido inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.696/98, ao delegar competência ao Conselho Federal de Educação Física para estabelecer regras para a inscrição dos profissionais da área que já estivessem no exercício da profissão quando de seu advento é norma *aberta*, que pode ensejar contraposição com o princípio da reserva legal, contido nos artigos 5, inciso XII c.c. o artigo 22, inciso XVI, da Constituição Federal, razão pela qual *a análise deve ser efetivada caso a caso*.

Um desporto de combate é um esporte de contato competitivo onde dois combatentes lutam um contra o outro usando regras de contato, com o objetivo de simular partes do combate corpo-a-corpo verdadeiro.

As artes marciais de competição, as artes marciais mistas, o *boxe* e a *esgrima* são os exemplos de esportes de combate.

O *boxe* é condicionado a regras próprias, grande disciplina técnica e, a princípio, não foi criado para guerra, por isso não é arte marcial, nada obstante ser utilizado como esporte ou para defesa pessoal.

Conquanto a Constituição Federal tenha estabelecido a liberdade de profissão, pressupõe também (artigos 5º, inciso XIII, 21, inciso XXIV, e 22, inciso XVI) que a lei pode exigir, nas profissões em que se busca preservar a vida, a saúde, a liberdade e a honra, o profissional esteja submetido ao controle de um Conselho Profissional, *respeitando-se o princípio da reserva legal*.

Desse modo, foi permitido definir o que poderia ser considerado documento público oficial do exercício profissional, vedando-se ao Conselho Federal ou aos Conselhos Regionais de Educação Física ir além da letra da Lei nº 9.696/98 a pretexto de regulamentar a profissão.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHOS PROFISSIONAIS. EDUCAÇÃO FÍSICA. ATIVIDADES DIVERSAS (DANÇA, IOGA, ARTES MARCIAIS) INCLUÍDAS NA ATUAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL PROFISSIONAL POR MEIO DE RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM A LEI. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA*

OU *ULTRA PETITA*. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E LEGITIMIDADE DO PARQUET FEDERAL DECIDIDAS COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º E 3º DA LEI Nº 9.696/1998.

1. Recurso especial pelo qual o Conselho Regional de Educação Física do Estado do Rio Grande do Sul sustenta a obrigatoriedade de inscrição em seus quadros de profissionais diversos, por se considerar que os artigos 1º e 3º da Lei nº 9.696/1998 têm comando normativo suficiente para caracterizar as atividades por eles exercentes como próprias do profissional de educação física. Defendem-se, ainda: (i) a legitimidade do Ministério Público e adequação da ação civil pública; e (ii) a ocorrência de julgamento *extra* e *ultra petita*.

2. No caso dos autos, em sede de apelação em ação civil pública movida pelo *parquet* estadual, o TRF da 4ª Região, entendendo ser ilegal e inconstitucional a Resolução nº 46/2002, do Conselho Federal de Educação Física, decidiu não ser possível que o Conselho Regional fiscalizasse e autuassem aqueles profissionais elencados na referida resolução, em especial os profissionais de dança, ioga, artes marciais e capoeira, sejam professores, ministrantes ou instrutores de tais atividades.

3. O recurso especial não merece ser conhecido, no que se refere à alegação de violação da Lei nº 7.347/1985, pois as questões da legitimidade do Ministério Público e da adequação da ação foram decididas, exclusivamente, com apoio no art. 129, III, da Constituição Federal.

4. No que pertine à alegação de ocorrência de julgamento *extra* e *ultra petita*, o recurso não merece provimento, pois, ante a reconhecida ilegalidade e inconstitucionalidade da resolução acima mencionada, a Corte de origem estendeu o comando da sentença àqueles que praticassem as atividades nela descritas, de tal sorte que não houve qualquer julgamento fora dos limites do que fora pedido pelo Ministério Público, sendo desinfluyente o fato de não se ter feito alguma diferenciação a respeito da capoeira ou dos professores, ministrantes ou instrutores das atividades descritas naquela resolução.

5. Quanto aos artigos 1º e 3º da Lei nº 9.696/1998, não se verificam as alegadas violações, porquanto não há neles comando normativo que obrigue a inscrição dos professores e mestres de danças, ioga e artes marciais (karatê, judô, tae-kwon-do, kickboxing, jiu-jitsu, capoeira etc) nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz do que dispõe o art. 3º da Lei nº 9.696/1998, essas atividades não são caracterizadas como próprias dos profissionais de educação física.

6. O art. 3º da Lei nº 9.696/1998 não diz quais os profissionais que se consideram exercentes de atividades de educação física, mas, simplesmente, elenca as atribuições dos profissionais de educação física.

7. Subsidiariamente, deve-se anotar que saber, em cada caso, a atividade, principalmente, visada por aqueles profissionais que o recorrente quer ver inscritos em seu quadro, para o fim de verificar-se o exercício de atribuições do profissional de educação física, exige a incursão no acervo fático-probatório, o que é inviável ante o óbice da Súmula nº 7 do STJ.

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

(REsp 1012692/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 16/05/2011)

No caso dos autos, o impetrante, para comprovar sua experiência profissional e pleitear o livre exercício de instrutor de boxe, sem a ingerência do CREF4/SP, juntou aos autos Declaração da Associação Limeira de Taekwondo e Boxe, tendo sido afirmado que ele trabalhou como instrutor de boxe de 1992 até 1998 (f. 37).

Colacionou, outrossim, cópia do Ranking Brasileiro de Boxe Profissional do ano de 2010, emitido pela Confederação Brasileira de Boxe, figurando como 3º colocado na categoria “Super Médio” (f. 38/41), além de documento oriundo do sítio www.boxrec.com, grafado em inglês, onde são enumerados dados técnicos e lutas realizadas em diversos países da Europa, América do Norte e do Sul, com os respectivos adversários (f. 39/44).

Na via mandamental, o direito líquido e certo deve ser comprovado de plano. Não há nos autos elementos que enfraqueçam a prova coligida, mostrando-se idônea à comprovação do direito do impetrante, não necessitando dilação probatória para a sua confirmação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do CREF4/SP e à remessa oficial, nos termos supracitados.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0014755-57.2011.4.03.6100
(2011.61.00.014755-1)

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

Apelado: MARCOS AUGUSTO DOMANESCHI

Parte Ré: SIDNEY SOARES DE SOUZA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: AC 1825735

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/06/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DANO MORAL - CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - GINÁSTICA LABORAL - COMPETÊNCIA PRIVATIVA FIXADA PELA RESOLUÇÃO CONFEF Nº 073/2004 - ILEGALIDADE - POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO POR PARTE DOS FISIOTERAPEUTAS - LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO - GARANTIA CONSTITUCIONAL - “NOTITIA CRIMINIS” LEVADA A EFEITO CONTRA O PROFISSIONAL DA FISIOTERAPIA POR PARTE DE FISCAL DO CRF4 - INOBSERVÂNCIA DAS CAUTELAS NECESSÁRIAS - CONSTRANGIMENTO QUE PODERIA TER SIDO EVITADO - ILICITUDE DA CONDUTA, QUE NÃO SE CONFUNDE COM O EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO - “QUANTUM DEBEATUR” - REDUÇÃO.

I - A enciclopédia livre virtual, Wikipedia, traz ginástica laboral como sendo “uma série de exercícios físicos realizado no ambiente de trabalho, no horário de trabalho, com o objetivo de melhorar a saúde e evitar lesões dos funcionários por esforço repetitivo e algumas doenças ocupacionais. A ginástica se baseia basicamente em alongamentos de diversas partes do corpo, como tronco, cabeça, membros superiores e membros inferiores. Os tipos de alongamentos são diferentes para cada função exercida pelo trabalhado, lembrando que é feita sempre orientada por um fisioterapeuta, terapeuta ocupacional ou educador físico. Esse tipo de ginástica não é de intensidade alta e ocorre num curto período de tempo, assim não cansa e nem sobrecarrega o funcionário.” - fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Gin%C3%A1stica_laboral.

II - A Carta Magna elevou à categoria de garantia fundamental o direito ao trabalho ao preceituar ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (artigo 5º, XIII). Cuida-se de norma de eficácia contida, isto é, de aplicação imediata, mas cujo alcance pode ser restringido por meio de lei.

III - A Lei nº 9.696/98, que regulamenta a profissão de educação física, veicula como sendo de competência destes profissionais “coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de

atividades físicas e do desporto.” Percebe-se que a lei não tratou da ginástica laboral, não atribuindo ao professor de educação física a exclusividade de atuação.

IV - A Resolução CONFEF nº 073/2004 exorbitou seu âmbito normativo ao estabelecer que a ginástica laboral seria prerrogativa privativa dos profissionais de educação física. Resoluções, como atos normativos secundários, são apenas exteriorizações de atos administrativos, não podendo inovar o ordenamento jurídico para criar obrigações não previstas em lei, sob pena de afrontar o princípio da legalidade.

V - O profissional de fisioterapia possui capacidade para realizar a ginástica laboral. Isso porque a fisioterapia é “É uma ciência da Saúde que estuda, previne e trata os distúrbios cinéticos funcionais intercorrentes em órgãos e sistemas do corpo humano, gerados por alterações genéticas, por traumas e por doenças adquiridas. Fundamenta suas ações em mecanismos terapêuticos próprios, sistematizados pelos estudos da Biologia, das ciências morfológicas, das ciências fisiológicas, das patologias, da bioquímica, da biofísica, da biomecânica, da cinesia, da sinergia funcional, e da cinesia patologia de órgãos e sistemas do corpo humano e as disciplinas comportamentais e sociais.” - fonte: http://www.coffito.org.br/conteudo/con_view.asp?secao=27.

VI - A alegação do apelante de que as ações preventivas são de sua competência, já que a fisioterapia teria vez apenas quando manifestado o problema de saúde, não encontra amparo, uma vez que a ciência da fisioterapia também pode agir preventivamente, evitando males causados pela postura errônea e pelo esforço repetitivo.

VII - Fiscalizações e autuações são medidas inerentes aos Conselhos de fiscalização profissional, cuja natureza é de autarquia e integram a administração indireta. No entanto, esse direito não é absoluto, limitando-se àquelas pessoas, físicas ou jurídicas, com as quais mantém relação jurídica. Constatado que pessoa sem a devida formação exerce irregularmente a profissão, compete-lhes apenas levar o caso à apreciação das autoridades competentes, devendo agir, porém, com extrema cautela para evitar constrangimentos desnecessários e até mesmo uma indevida movimentação do aparato policial.

VIII - Hipótese em que a conduta do Conselho não foi lícita porque não havia o exercício ilegal da profissão, restando desconfigurado o exercício regular de um direito porque este pressupõe a atuação de acordo com os limites da lei, para a defesa de um direito legítimo, inexistente no caso *sub judice*.

IX - Dano moral configurado pelo desconforto e desprestígio social causado pela comunicação indevida de prática de ilícito penal, além da orientação dada à empresa contratante dos serviços sobre a “obrigatoriedade” de contratação de profissional habilitado conforme determinação da Lei nº 9.696/98.

X - Para a fixação do valor devido o juiz deve sopesar diversos fatores, como a situação social, política e econômica dos envolvidos, as condições em que ocorreu a ofensa, o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, bem como o grau de dolo ou culpa. Considerando todos esses fatores, mostra-se exorbitante o valor fixado em Primeira Instância (R\$ 10.000,00), sendo razoável fixá-lo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

XI - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de junho de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação interposta nos autos da ação de indenização por danos morais proposta por Marcos Augusto Domaneschi contra o Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4 e contra o fiscal Sidney Soares de Souza.

Diz o autor em sua petição inicial ser fisioterapeuta e realizar atividade de ginástica laboral junto aos funcionários da empresa SONOCO FOR PLAS S/A, sendo que em 13.08.2010 o Conselho réu, por meio de seu fiscal, registrou junto à polícia local um Boletim de Ocorrência noticiando a prática de exercício ilegal da profissão. Sustenta que a legislação não proíbe profissionais da fisioterapia de aplicar ginástica laboral e que a Resolução nº 259/03 admite a prática. Argumenta que a indevida fiscalização levada a efeito pelo CREF4 causou prejuízos à sua imagem, uma vez que teve exposição negativa junto à empresa na qual presta serviços. Diz que o CREF4 tem por hábito expor, humilhar e causar prejuízos aos profissionais que não lhe são vinculados, requerendo a condenação deste pelos danos morais causados.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 2.000,00 em 24.08.2011.

Distribuída na Justiça Estadual de Rio Claro, foi concedida antecipação da tutela para obstar a fiscalização e a autuação do autor (fls. 21).

Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento (fls. 44/82), o qual foi parcialmente provido para que uma nova decisão fosse proferida (fls. 84/88).

Antecipação da tutela deferida a fls. 89, sendo interposto agravo de instrumento (fls. 298/337).

Contestação do Conselho a fls. 93/134 e do fiscal a fls. 188/232.

O agravo de instrumento foi provido para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual, determinando a remessa do feito a uma das Varas Federais da Seção Judiciária de São Paulo (fls. 351/355).

Redistribuída a ação junto à 13ª Vara Federal de São Paulo, foi determinado o encaminhamento dos autos a uma das Varas da Subseção Judiciária de Piracicaba (fls. 360).

O MM. Juiz da 4ª Vara Federal de Piracicaba extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, em relação a Sidney Soares de Souza, excluindo-o da lide, e julgou parcialmente procedente o pedido contra o Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4 para condená-lo no pagamento de R\$ 10.000,00 a título de danos morais, bem como abster-se de fiscalizar e autuar o requerente, sob pena de multa. Condenou-o, ainda, no pagamento de honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da condenação.

Em extensivo arrazoadado de fls. 379/411 o Conselho Regional de Educação Física da 4ª

Região - CREF4 alega, em síntese, que a Resolução nº 073 do CONFEF, que estabelece ser privativo do profissional de educação física ministrar ginástica laboral é anterior à Resolução nº 385 do COFITO, que concede igual prerrogativa aos fisioterapeutas. Afirma, ainda, que à época da fiscalização, a resolução do COFITO não estava em vigor. Diz que os Conselhos Regionais de Educação Física têm como *mister* fiscalizar as atividades próprias dos profissionais de educação física e que nos últimos anos houve um aumento de interesse pela prática de exercícios físicos, o que levou o Congresso a editar a Lei nº 9.696/98, reconhecendo como questão de segurança a intervenção do profissional. Salienta que os Conselhos são entidades de defesa da sociedade, realizando atividades delegadas pela União e que ao constatar o exercício ilegal da profissão apenas pode denunciar os fatos às autoridades competentes. Entende que a ginástica laboral é atividade privativa do profissional de educação física por se tratar de uma prática de atividade física, estando abrangida pela Resolução nº 73/04 do CONFEF, e que as atividades do fisioterapeuta destinam-se àqueles que estão se restabelecendo. Pondera ter poder para fiscalizar quem quer que seja que esteja realizando atividades típicas da educação física, sob pena de se instaurar um caos social, e que jamais aplicou qualquer pena ao autor ou a outro fisioterapeuta. Argúi não ter praticado nenhum ato ilícito e que sua conduta está amparada pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito, estabelecida no artigo 188, I, do Código Civil e, que se assim não se entender, deve o valor da indenização ser reduzido.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Processado o recurso, subiram os autos a esta E. Corte.

Dispensada a revisão consoante os ditames regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de apelação interposta nos autos da ação de indenização por danos morais proposta contra o Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4.

Antes de analisar o cerne do litígio, compete determinar se a ginástica laboral é atividade exclusiva dos profissionais graduados em educação física, ou se os fisioterapeutas também podem realizá-la.

De acordo com o Dicionário Aurélio, “ginástica” é a arte ou o ato de exercitar o corpo para fortificá-lo e dar-lhe agilidade. Laboral, por sua vez, é tudo o que é do ou relativo ao labor, ao trabalho.

A enciclopédia livre virtual, Wikipedia, traz ginástica laboral como sendo “uma série de exercícios físicos realizado no ambiente de trabalho, no horário de trabalho, com o objetivo de melhorar a saúde e evitar lesões dos funcionários por esforço repetitivo e algumas doenças ocupacionais. A ginástica se baseia basicamente em alongamentos de diversas partes do corpo, como tronco, cabeça, membros superiores e membros inferiores. Os tipos de alongamentos são diferentes para cada função exercida pelo trabalhado, lembrando que é feita sempre orientada por um fisioterapeuta, terapeuta ocupacional ou educador físico. Esse tipo de ginástica não é de intensidade alta e ocorre num curto período de tempo, assim não cansa e nem sobrecarrega o funcionário.” - fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Gin%C3%A1stica_laboral.

Dentre os benefícios trazidos por essa aula de curta duração podemos citar o alívio do

estresse, a melhora na postura corporal, a melhora na saúde, a redução do sedentarismo, a diminuição da tensão adquirida no trabalho, a melhora na concentração, a prevenção de lesões e de doenças causadas por trauma cumulativo e o aumento da motivação.

Pois bem, a Carta Magna elevou à categoria de garantia fundamental o direito ao trabalho ao preceituar ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (artigo 5º, XIII). Cuida-se de *norma de eficácia contida*, isto é, de aplicação imediata, mas cujo *alcance pode ser restringido por meio de lei*.

Nos termos da Lei nº 9.696/98, que regulamenta a profissão de educação física, compete a este profissional:

Art. 3º Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.

Como se vê, *a lei não tratou da ginástica laboral*, não atribuindo ao professor de educação física a exclusividade para ministrá-la. Quem o fez foi a Resolução CONFEF nº 073/2004, cujo artigo 1º estabelece:

Art. 1º - É prerrogativa privativa do Profissional de Educação Física planejar, organizar, dirigir, desenvolver, ministrar e avaliar programas de atividades físicas, particularmente, na forma de Ginástica Laboral e de programas de exercícios físicos, esporte, recreação e lazer, independente do local e do tipo de empresa e trabalho.

Acontece que, sabidamente, *a resolução*, como ato normativo secundário, é uma exteriorização de um ato administrativo que *não tem o condão de inovar o ordenamento jurídico*.

A resolução pode ser conceituada como “a fórmula de que se valem os órgãos colegiados para manifestar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou para dispor sobre seu próprio funcionamento” (*Diógenes Gasparini, Direito Administrativo*, Saraiva, 4ª edição, pág. 85). Não pode a resolução, por conseguinte, criar obstáculo ao exercício profissional, não tendo competência para deliberar sobre questões que estão fora de sua alçada técnica.

Deste modo, entendo que a Resolução CONFEF nº 073/2004 extrapolou seu âmbito normativo ao estipular como prerrogativa privativa do profissional de educação física a realização de ginástica laboral. Por não se cuidar de exigência amparada em norma primária - lei -, flagrante a violação do princípio da legalidade.

No mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. INSCRIÇÃO DE PROFISSIONAL NÃO GRADUADO. PRESSUPOSTOS PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO PREENCHIDOS. CURSO DE NIVELAMENTO. RESOLUÇÃO CONFEF 13/1999. ILEGALIDADE. ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A Constituição Federal, no art. 5º, XIII, estabelece que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. 2. A exigência de participação em curso de nivelamento prevista em resolução do Conselho Federal de Educação Física não encontra suporte em lei e afronta o disposto no art. 5º, XIII, da Constituição da República. 3. Aquele que cumpriu os

requisitos legais para a inscrição como profissional não graduado nos quadros do Conselho Regional de Educação Física - Seccional DF faz jus à carteira profissional, de acordo com as regras vigentes à época de sua expedição. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. 5. Recurso adesivo do impetrante a que se dá provimento.

(TRF 1ª Região, AMS nº 200134000270771, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, j. 03.12.2010, DJF1 06.05.2011)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. PROFESSORA DE GINÁSTICA. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS OFICIAIS. CONDIÇÃO PARA INSCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 9.696/98. RESOLUÇÃO CONFEF Nº 45/02. RESOLUÇÃO CREF4 Nº 45/08. ILEGALIDADE. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. I - Nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, somente lei em sentido formal pode estabelecer os critérios que habilitam uma pessoa ao desempenho da atividade escolhida, objetivando, com essas limitações do direito individual, a proteção da sociedade, garantindo formas para se aferir a capacitação profissional. II - A Lei nº 9.696/98, norma que dispõe sobre a Profissão de Educação Física, não estabelece a exigência de apresentação dos documentos elencados nas Resoluções em tela para que os profissionais não graduados em nível superior possam registrar-se nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física. III - Resoluções CONFEF nº 45/02 e CREF4 nº 45/08 que extrapolam os limites da lei ao estabelecer tal exigência. Afronta aos princípios constitucionais da legalidade e do livre exercício profissional. IV - Não estando incluída a Resolução Administrativa no rol taxativo das normas previstas nos incisos II a V, do art. 59, da Carta da República, não pode ser considerada lei em sentido estrito. V - Inversão dos ônus de sucumbência, por ter decaído o Réu integralmente do pedido. VI - Apelação provida.

(TRF 3ª Região, AC nº 200861000301000, 6ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Regina Costa, j. 31.03.2011, DJF3 06.04.2011)

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. PROFESSORA DE DANÇA. REGISTRO. DESNECESSIDADE. LEI Nº 9.696/98. RESOLUÇÃO CONFEF 46/02. ILEGALIDADE. RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 07/04. INAPLICABILIDADE. I - Não sujeição da sentença ao reexame necessário, consoante o disposto no art. 475, inciso I e § 2º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01, porquanto o valor do direito controvertido, atualizado até a data da sentença, não excede a sessenta salários mínimos. II - Nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, somente lei em sentido formal pode estabelecer os critérios que habilitam uma pessoa ao desempenho da atividade escolhida, objetivando, com essas limitações do direito individual, a proteção da sociedade, garantindo formas para se aferir a capacitação profissional. III - A Lei nº 9.696/98, norma que dispõe sobre a Profissão de Educação Física, não estabelece a necessidade de registro dos instrutores de capoeira perante o Conselho Regional de Educação Física competente para que possa tal profissional exercer suas atividades. IV - Resolução CONFEF nº 46/02 que extrapola os limites da lei ao exigir tal inscrição. V - Resolução CNE/CES nº 07/04 inaplicável à situação em tela, por estar adstrita à formação do Profissional de Educação Física e não à fiscalização do exercício de tal profissional, por ausência de previsão legal. VI - Não estando incluída a Resolução Administrativa no rol taxativo das normas previstas nos incisos II a V, do art. 59, da Carta da República, não pode ser considerada lei em sentido estrito. Ofensa ao princípio da legalidade. VII - Remessa Oficial não conhecida. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, APELREE nº 200461000166887, 6ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Regina Costa, j. 31.03.2011, DJF3 06.04.2011)

ADMINISTRATIVO. PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA NÃO GRADUADO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL. ILEGALIDADE. DIREITO. EXIS-

TÊNcia. 1. O art. 2º, III, da Lei nº 9.696/98 conferiu o direito de inscrição, nos Conselhos Regionais de Educação Física, ao profissional não graduado que comprove o exercício de atividades próprias da área até o início da vigência desse diploma legal, publicado em 02/09/1998. 2. Afronta o princípio da legalidade a fixação de prazo final para o exercício do direito acima mencionado pela Resolução nº 039A/2001 do Conselho Federal de Educação Física, uma vez que norma hierarquicamente inferior não pode impor restrições não previstas na lei ordinária. 3. Precedentes desta Corte. 4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª Região, APELREEX nº 00083990620114058100, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. 15.03.2012, DJE 22.03.2012)

De outro lado, penso que o profissional de fisioterapia possui capacidade para realizar a ginástica laboral. Isso porque a fisioterapia é “É uma ciência da Saúde que estuda, previne e trata os distúrbios cinéticos funcionais intercorrentes em órgãos e sistemas do corpo humano, gerados por alterações genéticas, por traumas e por doenças adquiridas. Fundamenta suas ações em mecanismos terapêuticos próprios, sistematizados pelos estudos da Biologia, das ciências morfológicas, das ciências fisiológicas, das patologias, da bioquímica, da biofísica, da biomecânica, da cinesia, da sinergia funcional, e da cinesia patologia de órgãos e sistemas do corpo humano e as disciplinas comportamentais e sociais.” - fonte: http://www.coffito.org.br/conteudo/con_view.asp?secao=27”.

Verifica-se, do acima exposto, cuidar-se de verdadeira falácia a tese do apelante de que as ações preventivas são de sua competência, já que a fisioterapia somente teria vez quando houvesse um paciente, alguém que se restabelece de uma moléstia. Ora, a ciência da fisioterapia também pode agir preventivamente, evitando males causados pela postura errônea e pelo esforço repetitivo.

No ambiente de trabalho, a fisioterapia preventiva age para promover ações terapêuticas a instalações de processos que levam à incapacidade de trabalho, analisando fatores ambientais que contribuam para a ocorrência de distúrbios funcionais e desenvolvendo programas coletivos, contributivos à diminuição dos riscos de acidente. A ginástica laboral atua neste sentido, evitando, por meio de exercícios definidos em cada caso, em cada ambiente de trabalho, a sobrecarga de determinadas estruturas do corpo humano, relaxando-as.

Assim, fixado que não só os profissionais de educação física podem ministrar aula de ginástica laboral, analiso o mérito do pedido.

Os conselhos de fiscalização profissional são entidades criadas por lei sob o regime de autarquia, integrando a chamada Administração Indireta. A fiscalização se justifica e se mostra necessária para as profissões que lidam com valores supremos da coletividade, como a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança.

Entretanto, o direito de fiscalizar e de aplicar sanções por parte dos Conselhos não é absoluto, encontrando limitações dentro do campo de suas respectivas atuações. Assim, é sabido que os Conselhos não podem impor sanções àqueles que não estão submetidos às suas regras, aos seus estatutos, enfim, àqueles com quem não mantêm relação jurídica.

Como já dito em outros casos, constatado o exercício da profissão por quem não detém capacidade para tanto, a função dos Conselhos é denunciar o caso às autoridades competentes. No entanto, devido à gravidade de uma situação como esta, os representantes dos Conselhos precisam agir com máxima cautela para não criarem constrangimentos e até mesmo evitarem uma indevida movimentação do aparato policial.

No caso em apreço a conduta adotada pelo Conselho *não foi lícita* porque não havia o

exercício ilegal de profissão. Não se trata, ao reverso do sustentado em apelo, de ato praticado no exercício regular de um direito porque este pressupõe a atuação de acordo com os limites do que a lei permite, para a defesa de um direito legítimo. Como já ficou evidenciado, a lei não permite só ao profissional de educação física atuar com a ginástica laboral, de modo que a atuação do Conselho não decorreu de um direito legítimo, mas ilegítimo.

O dano, ao meu aviso, também está caracterizado. Conforme leciona *Sílvia de Salvo Venosa*, “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...). A dor psíquica, o vitupério da alma, o achincalhe social, tudo em torno dos direitos da personalidade, terão pesos e valores diversos, dependendo do tempo e do local onde os danos foram produzidos” (*Responsabilidade Civil*, Ed. Atlas, 9ª edição, pág. 41).

E não se faz necessária uma alteração psíquica para que o dano moral seja indenizável, bastando um desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor. Traduz-se em hipótese de desconforto o desprestígio social causado pela comunicação de ilícito penal e, de igual forma, a orientação sobre a “obrigatoriedade” de “profissional habilitado e credenciado orientando atividades conforme determina Lei Federal 9696/98” para a realização da ginástica laboral (fls. 138).

No mesmo sentido:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO. - Os danos morais possuem caráter duplice: tanto compensatório, decorrente do abalo subjetivo sofrido pelo sujeito, quanto punitivo, decorrente do ato lesivo que exige reparação. - O autor-apelado, *in casu*, faz jus à indenização por danos morais em seu duplo aspecto: primeiramente, porque teve seu nome comprometido, sendo-lhe imputado crime do qual era absolutamente inocente - e aí repousa o aspecto compensatório da indenização, ético e subjetivo; em segundo lugar, porque, tendo sido seu patrimônio moral lesionado, e como todo dano patrimonial enseja a reparação por meio de indenização, aí repousa o aspecto punitivo, prático e factual, visando infligir penalidade ao elemento lesivo. - Quanto aos danos materiais, o nexo causal no que diz respeito ao infarto está claro, provado por toda a prova documental juntada aos autos, cabendo, portanto, a responsabilidade objetiva da União. - Recursos e remessa improvidos.

(TRF 2ª Região, AC nº 200002010436578, 5ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, j. 20.08.2002, DJU 23.10.2002, pág. 337)

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO RIO DE JANEIRO - PALAVRAS OFENSIVAS DIVULGADAS NO INFORMATIVO DO CRMV/RJ - ATO ABUSIVO - DANO MORAL - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - NÃO CONFIGURADA - REDUÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO - RETRATAÇÃO NO MESMO LOCAL DA DIVULGAÇÃO. - O CRMV/RJ imputou ao Autor a prática de irregularidades no exercício da profissão sem ao menos ter tido o cuidado de verificar a sua real habilitação técnica e profissional. - O Autor é biólogo e chefe do biotério do INCA, especializado em saúde pública, desempenhando pesquisas científicas com ratos em laboratório, não justificando, portanto, a conduta do Réu que, de forma abusiva, denominou-o de “charlatão”. - A conduta ofensiva do Réu trouxe ao Autor constrangimentos e aborrecimentos, passíveis de indenização. - A indenização por danos morais tem a finalidade de amenizar a angústia injustamente causada, sendo que para a sua constatação há de se levar em consideração as condições em que ocorreu suposta ofensa, assim como a intensidade da amargura experimentada pela vítima e as particularidades inerentes a ela e ao agressor. - A condenação pecuniária decorrente de dano moral deve ser fixada com moderação, vez que seu objetivo não é o enriquecimento da parte que a pleiteia, devendo ser levada em conta a

dimensão do evento danoso e sua repercussão na esfera do ofendido. Assim, a indenização por danos morais merece ser reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). - A retratação do Réu deve ser feita no informativo do CRMV/RJ - no mesmo local em que ocorreu a publicação indevida. - Honorários advocatícios reduzidos para o percentual de 10% sobre o valor da condenação, corrigidos monetariamente, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

(TRF 2ª Região, AC nº 199851010329573, 7ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Ricardo Regueira, j. 18.10.2006, DJU 15.04.2009, pág. 133)

Sobre o montante atribuído, entendo que a “reparação de danos morais ou extra patrimoniais, deve ser estipulada ‘cum arbitrio boni iuri’, estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar à coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores e compensar a situação vexatória a que indevidamente foi submetido o lesado, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora” (TRF1 AC 96.01.15105-2/BA).

Assim, deve o magistrado sopesar diversos fatores, dentre os quais a situação social, política e econômica dos envolvidos, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa etc.

Como já decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a indenização, nos casos de dano moral, “não se paga a dor, mas se a aplaca, dando um conforto material, satisfatório, uma compensação para diminuir as agruras da vida, a possibilidade de um maior bem estar”. É, assim, “uma forma de ‘anestesiá-lo do sofrimento’” (AC nº 1997.01.00.004267-5, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJU 03.10.97, pág. 81.586).

De outro lado, a E. 6ª Turma do C. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, posicionou-se no sentido de que “É assente o entendimento de que o *quantum* do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz, observando-se que o valor não deve ser muito alto, eis que não se objetiva o enriquecimento sem causa, tampouco irrisório, o que excluiria o caráter educativo/punitivo da condenação. Inolvidável, portanto, que sejam utilizados o bom senso e a moderação, observadas as peculiaridades de cada caso, as quais poderão apontar para o estabelecimento de parâmetros norteadores da quantificação indenizatória” (AC nº 199902010427184/RJ, Rel. Des. Fed. Sérgio Schwaitzer, DJU 30.04.2003, pág. 217).

Com isso em mente, entendo que o valor arbitrado em Primeira Instância mostra-se excessivo, merecendo redução. De fato, não há nos autos documento que aponte que o contrato de prestação de serviços entabulado entre o autor e a empresa SONOCO FOR PLAS S/A tenha sido extinto e tampouco de que a *notitia criminis* levada a efeito pela apelante tenha seguido adiante. Portanto, entendo que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é o que mais se ajusta às finalidades da indenização, não trazendo enriquecimento ilícito ao apelado e atingindo o caráter punitivo e educativo necessários, pois o apelante se sentirá desestimulado a praticar ilegais e abusivos.

Ante todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0039360-34.2011.4.03.0000

(2011.03.00.039360-1)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravados: UNIÃO FEDERAL E ESTADO DE SÃO PAULO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 462659

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/07/2013

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento formulado pelo Ministério Público Federal contra r. decisão (fl. 22 do processo originário - fl. 26 do instrumento) que *indeferiu o pedido de antecipação de tutela em ação civil pública* onde se buscava a condenação da União e do Estado de São Paulo a fornecerem aos portadores de hemofilia tipo “A” atendidos pelas unidades da rede pública de saúde de Ribeirão Preto e região, um determinado medicamento - *fator de coagulação do tipo VIII* - como meio de *profilaxia* e não sob demanda (pedido específico) como atualmente ocorre.

Considerou o d. Juiz *a quo* que a existência de controvérsias de caráter fático - *real eficácia da terapêutica e existência de outros programas* já implantados ou em vias de sê-lo - esmaece a relevância do direito coletivo invocado, destacando ainda que se encontra disponível na rede pública medicamento para as hipóteses de tratamento emergencial.

Nas *razões recursais* o agravante Ministério Público Federal afirma que a probabilidade do direito afirmado – o recebimento contínuo e *profilático* do fator de coagulação - é evidenciado pela previsão constitucional do direito à saúde que no caso concreto encontra-se violado porquanto são corriqueiras as notícias de que portadores de hemofilia tipo “A” falecem ou se lesam grave e permanentemente em virtude de debilidade ocasionada pela doença, quando não tratada de forma adequada.

Sustenta que o fundado receio de dano também é manifesto, na medida em que o objeto da ação civil pública visa assegurar a qualidade de vida dos pacientes mediante tratamento *profilático* - antes da ocorrência de efetivo sangramento abundante - cuja eficácia e conveniência foram comprovadas através de recentes estudos elaborados pela comunidade científica internacional.

Aduz que o tratamento *sob demanda* (pedido do interessado) não oferece a mesma efetividade e eficácia, sendo meramente paliativo já que se propõe a apenas estacar a hemorragia já iniciada, quando o ideal é *evitar que a hemorragia aconteça*.

A análise do pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo foi postergada para após a resposta da agravada (fl. 31).

Os agravados foram regularmente intimados para oferecimento de contraminuta (fls. 35 e 36).

Em sua contraminuta (fls. 32/60) a União afirma inicialmente que cabe somente ao Poder Executivo o gerenciamento do Erário, em especial a destinação de recursos na saúde pública.

Prossegue a agravada afirmando o não cabimento da antecipação de tutela, seja pela

falta de seus pressupostos, seja pelo caráter satisfativo da medida.

Quanto ao mérito, aduz a União que existem dois tipos de profilaxia: a *primária*, que visa a prevenção da artropatia hemofílica (doença das articulações), e a *secundária*, que tem por finalidade a prevenção de sequelas diversas daquelas instaladas anteriormente, sendo que apenas a profilaxia primária possui nível de evidência científica que recomende a sua implantação.

O Estado de São Paulo não respondeu o recurso.

Decido

Ao contrário do que sustenta a União, o Judiciário não está proibido de conceder antecipações de tutela em desfavor do Poder Público, pois se esse absurdo acontecesse importaria em negativa de jurisdição a violar o art. 5º, XXXV da CF.

É certo que, na esteira dos múltiplos benefícios e privilégios de que dispõe o Estado em desfavor do litigante comum - que no entender deste relator são todos inconstitucionais, porque não se amoldam ao princípio republicano, sem embargo do entendimento pacífico em contrário das Cortes Superiores - há um *rígido modelo* de concessão de medidas liminares em face do Poder Público, previsto nas Leis nº 9.494/97 e nº 8.437/92, e na atual Lei de Mandados de Segurança, mas *não existe expressa proibição para que sejam concedidas tutelas de urgência em casos onde possa haver perecimento de direitos* que se mostram plausíveis, especialmente fora do âmbito econômico.

Além do mais, o pleito antecipatório foi formulado no bojo de ação civil pública conforme a regra do art. 12 (*liminar*) e por isso mesmo não lhe é aplicável o disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97, pois disso não cuidou o legislador ao editar esse dispositivo e suas ulteriores reformas, situação que obsta também a incidência da Lei nº 8.347/, já que o art. 1º desse diploma legal é invocado pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97 apenas para evitar a incidência dos arts. 273 e 461 do CPC.

Destarte, é possível perscrutar a possibilidade ou não de ser concedida a liminar rogada na ação civil pública originária.

Pretende o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL seja o Poder Público compelido a fornecer aos portadores de hemofilia tipo “A”, atendidos pelas unidades da rede pública de saúde de Ribeirão Preto e região, um determinado medicamento - *fator de coagulação do tipo VIII* - como meio de *profilaxia*, ou seja, para evitar os sangramentos.

A hemofilia é doença hemorrágica hereditária grave que reduz em dez anos a expectativa de vida de seus portadores.

A ciência médica afirma que não existe nenhuma terapia definitiva para a moléstia e até o presente a única coisa que se pode fazer é corrigir a tendência hemorrágica administrando, por via intravenosa, o fator de coagulação que falta (tipo VIII ou IX).

É que a hemorragia pára quando chega ao organismo o fator de coagulação suficiente, do qual o corpo do doente não dispõe por conta de anomalia genética.

Assim, é de extrema importância iniciar o tratamento o quanto antes para evitar danos a longo prazo.

Essa terapêutica é de extrema relevância porque os hemofílicos estão sujeitos a hemorragias intensas e podem sangrar até morrer mesmo se sofrerem um pequeno ferimento.

Nesse cenário, não há como colocar em primeiro plano os interesses do “erário público” e menos ainda as *erráticas políticas públicas de saúde*, que dificilmente saem do papel e muitas vezes não vão além de promessas de campanha política.

É certo que no Brasil os fatores VIII e IX são administrados nas *crises da doença*, ou seja, o doente recebe o fator quando já tem sangramento (que se não for cessado pode levar à morte). O Ministério da Saúde fornece a medicação, que é distribuída gratuitamente pelos hemocentros.

Mas se existe uma possibilidade de menor sofrimento para os hemofílicos, que seja ao menos capaz de dar-lhes uma qualidade de vida melhor, o medicamento ou a terapêutica necessária deve ser fornecida pelo Poder Público especialmente de modo *antecipado*, como *profilaxia*, para evitar que se instalem os sangramentos que podem ser letais.

A Constituição Federal abona esse proceder.

É certo que a saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal.

Nem se alegue aqui ser caráter meramente programático o discurso constitucional a respeito do direito à saúde, pois o constituinte originário pretendeu *garantir* aos indivíduos o amplo acesso à saúde, compreendido aí o fornecimento - quando necessário - de medicamento imprescindível ao seu tratamento, ainda que seja de alto custo como é a hipótese dos autos. A saúde - como direito fundamental - está acima do dinheiro, embora assim não entendam os governantes; mas eles não podem se opor à Constituição em sua *ótica vesga* com que enxergam as prioridades que o Estado deve observar no trato dos interesses dos cidadãos e na busca do bem comum. O direito a saúde é indisponível (AgRg no REsp 1356286/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013) e deve ser assegurado pelo Poder Público.

É insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a *garantia da saúde* mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, que nos termos constitucionais foram delegados ao Poder Executivo no âmbito da competência para desempenhar os serviços e as ações da saúde.

A propósito, nesse cenário a responsabilização pelos serviços de saúde é solidária em todos os níveis do Poder Executivo, da União, dos Estados e dos Municípios, todos eles *solidários nessa obrigação*, inclusive no custeio. Ainda que um determinado serviço seja prestado por uma das entidades federativas, ou instituições a elas vinculadas, nada impede que as outras sejam demandadas, de modo que todas elas (União, Estados, Município) têm, igualmente, legitimidade para figurarem no pólo passivo (AgRg no Ag 909.927/PE, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013 - AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012).

Deveras, dispõe o art. 2º § 1º da Lei Federal 8.080/90, que estrutura o serviço único de saúde (SUS): “O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Seu art. 7º impõe como diretriz: “II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Cabe ao Poder Público, *obrigatoriamente*, zelar pela saúde de todos, disponibilizando àqueles que precisarem de prestações atinentes a saúde pública, os meios necessários a sua obtenção, ainda que estes não estejam aprovados pelo órgão competente. Tal determinação não

configuraria ato ilícito por parte da administração, muito pelo contrário significaria proteção à vida, que como já mencionado é um direito fundamental e protegido constitucionalmente.

Os ditames constitucionais claramente pressupõem a integralidade da assistência em todos os níveis, impondo-se adotar uma interpretação abrangente para o termo “Estado”, a abarcar a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, não cabendo a esses entes políticos eximirem-se do cumprimento de tal preceito que merece estrita observância ainda que seja para o fornecimento de remédio ou *profilaxia* de alto valor.

Enfim, calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, *está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário*.

Nesse panorama, *se existe um tratamento profilático capaz de melhorar a vida dos hemofílicos*, não existe motivo algum sob a luz do Sol que justifique seja o mesmo ignorado pelos Poderes Públicos, ainda mais quando se sabe que a maioria dos que dele necessitam é de pessoas carentes, devendo-se recordar que não passa de quimera a afirmação de que a pobreza “foi erradicada no Brasil”.

Não é isso o que se vê quando se anda na rua ...

A propósito, convém recordar que no mês de junho do ano corrente, milhões de brasileiros saíram às ruas protestando contra os desastrosos serviços públicos que as autoridades do Executivo disponibilizam aos cidadãos, como patética contrapartida da escorchante tributação que incide sobre os brasileiros. A chamada “voz das ruas” exige melhorias na saúde pública - serviço risível, se não fossem as suas trágicas consequências - e por isso mesmo os argumentos manejados pela União - inevitavelmente contrários ao aprimoramento da saúde vindicado em ações civis públicas - não têm a menor relevância.

Portanto, *defiro* a antecipação de tutela para que os agravados atendam o quanto requerido pelo Ministério Público Federal no item “c” do nº 4.1. de sua petição inicial (fls. 25 do instrumento), implantando o serviço e o fornecimento do medicamento no prazo de 30 dias contados da intimação pessoal de seus representantes judiciais. Ainda, o relatório mencionado no item “d” deverá ser encaminhado ao Juízo *a quo* e ao autor.

Mas a providência aqui determinada restringir-se-á a região abrangida na competência da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto.

Os agravados ficarão sujeitos a multa de R\$ 500,00 por dia de descumprimento, cada um.

Destaco que a imposição de *astreintes* contra o Poder Público é admitida na jurisprudência como meio coercitivo de obrigação de fazer (STJ: AgRg no AREsp 7.873/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/05/2012 - AgRg no AREsp 23.782/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 23/03/2012 - AgRg no AREsp 7.869/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - Resp 1256599/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011 - REsp 1243854/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 16/08/2011 - REsp 1163524/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 12/05/2011 - AgRg no REsp 1221660/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO

TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/04/2011 - AgRg no Ag 1352318/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011 - AgRg no REsp 1213061/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011).

No mais, à Procuradoria Regional da República para seu parecer (*custos legis*).

Após, cls. para voto.

Comunique-se.

Intime-se e publique-se.

São Paulo, 10 de julho de 2013.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**0023923-79.2013.4.03.0000****(2013.03.00.023923-2)**

Requerente: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Interessados: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO,
LUIZ CHRISTIANO GOMES DOS REIS KUNTZ E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE

Classe do Processo: SLAT 2975

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/10/2013

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de segurança apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP que, nos autos do mandado de segurança nº 0016710-55.2013.4.03.6100, deferiu liminar “para assegurar aos impetrantes o livre exercício da advocacia independentemente de obediência à deliberação do Conselho Federal da OAB produzida no processo de Consulta nº 49.000.2012.007316/COP, determinando às autoridades impetradas que se abstenham da prática de qualquer ato tendente à imposição de penalidades aos impetrantes em decorrência do exercício da advocacia” (fls. 66).

Alega que a decisão “está sendo amplamente divulgada” (fls. 5), situação que entende causar “grave lesão à OAB (Conselho Federal), na medida em que faz perigoso precedente a motivar o ajuizamento de milhares de ações judiciais objetivando providência idêntica (efeito multiplicador), o que traz desdobramentos à ordem pública - vertente jurídica e administrativa -, à segurança da OAB” (fls. 7).

Aduz que “hoje se encontram inscritas na OAB - nas Seccionais em cada Estado - aproximadamente 12.000 (doze mil) sociedades de advogados, cujos atos constitutivos, em regra, conferem a qualidade de sócio, associado ou mesmo parceiro/consultor a diversos profissionais egressos da magistratura, o que, de fato, já demonstra a plena possibilidade de efeito multiplicador da r. decisão recorrida” (fls. 12). Argumenta que uma possível multiplicidade de ações acarretará “inegável impacto logístico - vertente administrativa - que a OAB sofrerá com infundáveis anotações de livre exercício profissional caso não seja suspensa a r. decisão” (fls. 13). Explica que “o que se busca, em última análise, é a preservação do interesse público (aqui subentendida moralidade pública e probidade na prestação jurisdicional)” (fls. 14).

Aduz que o art. 95, parágrafo único, inc. V, da CF, constitui regra de proteção, que tem por finalidade “proteger a imagem e o próprio Poder Judiciário” (fls. 7) e “evitar o tráfico de influência e a exploração de prestígio” (fls. 7), evitando “a confusão - por vezes feita neste país - acerca da necessidade de separação dos interesses públicos e privados” (fls. 8), e impedindo “que profissional que detém certo prestígio em razão de ser egresso da magistratura explore seu bom nome em benefício próprio ou de terceiros” (fls. 8). Argumenta que a decisão tomada pelo Conselho Federal da OAB - impugnada em Juízo - “revela-se regra de proteção da sociedade e do próprio Poder Judiciário” (fls. 8/9), uma vez que impede que a “quarentena” introduzida pela EC nº 45/04 seja “descumprida direta ou indiretamente” (fls. 9), de modo que

a deliberação em questão não viola, “o princípio da legalidade, tampouco ofende o princípio da razoabilidade, como equivocadamente entendeu o r. juízo de origem” (fls. 11). Entende, ainda, que a decisão do CFOAB garante que o processo judicial transcorra livre de “suspeições que maculem o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a paridade de armas” (fls. 11), dando “concretude à impessoalidade e à moralidade” (fls. 11).

Assevera, também, que “a r. decisão usurpou a autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil, ensejando, assim, instabilidade institucional e lesão à ordem pública” (fls. 14), alegando que a liminar “invade a autonomia/independência da OAB” (fls. 15).

É o breve relatório.

Inicialmente, a alegação de que a decisão do CFOAB não viola “o princípio da legalidade, tampouco ofende o princípio da razoabilidade, como equivocadamente entendeu o r. juízo de origem” (fls. 11) não merece análise nesta sede, uma vez que a suspensão de segurança consiste em instrumento exclusivamente destinado à análise da presença dos requisitos do art. 15 da Lei nº 12.016/09 - grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas -, “não se prestando a medida ao exame da legalidade ou constitucionalidade das decisões judiciais” (STJ, AgRg na SS nº 1.891, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18/11/09, v.u., DJe 17/12/09). Sobre o tema, destaco o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR DEFERIDA. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO DE POSSE AO INCRA. REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA AOS PROPRIETÁRIOS. OFENSA À SEGURANÇA PÚBLICA. *LESÃO À ORDEM JURÍDICA. INVIABILIDADE.* (...) “*A expedita via da suspensão de segurança não é própria para a apreciação de lesão à ordem jurídica. É inadmissível, ante a sistemática de distribuição de competências do Judiciário brasileiro, a Presidência arvorar-se em instância revisora das decisões emanadas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*” (AgRg na SS nº 1.302/PA, relator Min. Nilson Naves). Agravo não provido. (AgRg na SLS nº 782, Corte Especial, Rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 05/12/07, DJ 11/02/08, grifos meus)

Outrossim, não há como acolher a alegação de violação à ordem administrativa e ao interesse público. O incidente de suspensão consiste em medida extrema, a ser utilizada apenas em raros casos, em que haja extraordinário risco coletivo. Por voltar-se contra decisões proferidas em processos nos quais o particular busca proteção contra possíveis ilegalidades estatais - situação típica do Estado de Direito -, o uso do instituto deve dar-se com altíssimo grau de cautela, sob pena de fazer-se do Estado um ente imune à jurisdição, deixando-se de tutelar possíveis e intoleráveis abusos a direitos fundamentais. A respeito, transcrevo trecho de precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

A suspensão de segurança configura-se em medida processual de excepcionalidade absoluta, uma vez que investe o Presidente do Tribunal competente de um poder extraordinário capaz de suspender a eficácia de uma liminar ou a própria execução de um mandado de segurança concedido.

Diante da magnitude, inclusive constitucional, do mandado de segurança, que consubstancia instrumento processual célere destinado a viabilizar a defesa de direito líquido e certo de uma pessoa em face de eventual ação arbitrária do Estado, *a utilização do pedido de suspensão de segurança deve-se restringir a situações de extrema gravidade, sob pena de colocar em total descrédito o procedimento e a eficácia da ação mandamental.*

(AgRg na SS nº 1.328, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 19/05/04, DJ 07/06/04, grifos meus)

Vê-se, portanto, que devido à gravidade do incidente de contracautela - instrumento que por si já ocasiona séria e indesejável mitigação ao princípio da paridade de armas - o pedido de suspensão só deverá ser deferido nos casos em que houver absoluta convicção de que o interesse público será objetivamente atendido pois, do contrário, a medida terá apenas o efeito nefasto de tutelar interesses subjetivos, impedindo que o juiz natural possa exercer com liberdade ampla a competência jurisdicional, que lhe foi constitucionalmente conferida.

Assim posta a questão, entendo não haver risco à ordem administrativa ou ao interesse público. Expõe o requerente que a decisão do CFOAB tem por objetivo a preservação da moralidade e da impessoalidade, impedindo eventuais situações de exploração de prestígio nos Tribunais. Entretanto, não se verifica a existência de situação emergencial e premente a justificar excepcional intervenção no regular processamento do *mandamus* originário, pois é certo que o cumprimento imediato da decisão atacada não provocará desordem capaz de colocar em risco o exercício da função jurisdicional ou da atividade executiva.

Necessário observar que a liminar concedida não autoriza o exercício da advocacia de forma contrária à literalidade do art. 95, parágrafo único, inc. V, da CF - ou seja, não há autorização para que o magistrado aposentado exerça advocacia “no juízo ou tribunal do qual se afastou”. Portanto, a divergência existente entre o entendimento adotado pelo Conselho Federal da OAB e a liminar atacada diz respeito à interpretação do dispositivo, no tocante à extensão e aos limites da regra que impede o magistrado de exercer a advocacia por 3 (três) anos, após a sua aposentadoria.

Outrossim, o entendimento do CFOAB - no sentido de que o impedimento do ex-magistrado se estende aos demais integrantes da sociedade de advogados - não decorre de dispositivo de lei expresso ou de regra com interpretação incontroversa, mas consiste em extensão da aplicação de norma jurídica. A própria questão relativa ao âmbito territorial da vedação do art. 95, parágrafo único, inc. V, da CF também vem sendo objeto de sérias controvérsias, destacando-se, a título de exemplo, as decisões do E. CNJ no julgamento dos Pedidos de Providência nº 929 e nº 200910000010374.

Assim, entendo não se justificar o deferimento do excepcional pedido de suspensão com a finalidade de dar cumprimento imediato à posição defendida pelo CFOAB. A suspensão de segurança visa sustar provimento capaz de abalar severamente o funcionamento das instituições sociais, o que não se verifica aqui. Ao revés, o deferimento do pedido de suspensão nos termos propostos somente se prestaria a amparar o entendimento pessoal e subjetivo de uma das partes do processo de origem, cujo acerto, do ponto de vista jurídico, há de ser demonstrado nas vias ordinárias. Não se verificando, portanto, situação clara e evidente de risco grave ao interesse público, o ideal é que a lide seja regularmente debatida e julgada pelas instâncias originalmente competentes para o conhecimento da causa, observando-se o princípio do juiz natural.

Não procede, também, o argumento de que o Juízo de primeiro grau teria violado competência reservada ao Conselho Federal da OAB, tendo em vista que cabe ao Poder Judiciário exercer o regular controle de legalidade dos atos administrativos. Neste sentido, declarou o E. Ministro Nilson Naves: “Não se me afiguram presentes as alegadas lesões à ordem e à economia públicas, *a uma porque os atos administrativos sujeitam-se ao controle de legalidade do Judiciário*; a duas porque, ...” (SS nº 1.080, j. 15/08/02, DJ 20/08/02, grifos meus).

Assim, inexistentes o risco de lesão à ordem administrativa e ao interesse público.

O risco de lesão à economia pública também não se verifica. Muito embora sustente o requerente que a liminar traz risco de grave lesão “à ordem pública, vertente jurídico e ad-

ministrativa, e à economia” (fls. 12), não houve a demonstração concreta de como a decisão atacada ofenderia a economia pública, o que torna inviável o acolhimento do pedido de suspensão por este fundamento.

Finalmente, rejeito a alegação de risco de efeito multiplicador. Primeiramente, apesar de dizer o requerente que existem “aproximadamente 12.000 (doze mil) sociedades de advogados” (fls. 12) em situação similar à que ora se julga, não há nos autos nenhum elemento concreto de prova capaz de sustentar a alegação. Como esclarece Marcelo Abelha Rodrigues, *“é certo que para impedir o risco de grave lesão ao interesse público, é mister a demonstração concreta - com provas documentais - de que realmente existe o risco apontado. Não se permite admitir que o instituto seja formado apenas por uma petição simples, com a decisão anexa, e o presidente confie na simples argumentação do Poder Público para suspender a eficácia da decisão judicial. É preciso dar robustez ao incidente e ao pedido de suspensão de segurança, justamente para retirar do Presidente do Tribunal o tal ‘poder discricionário’ para sopesar as situações e aferir em favor do Poder Público. É preciso que existam provas - técnicas de preferência - que indiquem claramente que da execução da medida existirá um efetivo risco de grave lesão à saúde, economia, segurança e ordem públicas.”* (in *Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável*, Revista Interesse Público, Belo Horizonte : Fórum, ano 9, n° 45, p. 46, set./out. 2007, grifos meus)

Ainda que assim não fosse, não vejo como seria legítimo suspender liminar conferida em mandado de segurança, com o deliberado propósito - nada democrático - de desestimular o acesso à jurisdição por aqueles eventualmente prejudicados por um ato estatal.

Observe que o C. Órgão Especial desta Corte, em oportunidade anterior, já rejeitou a tese de que caso isolado pudesse justificar o deferimento da contracautela, apenas em razão da possibilidade de serem ajuizadas ações semelhantes, conforme se transcreve:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTROVÉRSIA PONTUAL A INADMITIR A UTILIZAÇÃO DA VIA DA SUSPENSÃO. RECURSO PROVIDO.

(...)

- *Necessidade de preservação da competência das instâncias ordinárias à apreciação do caso vertente.*

- *Ausência de comprovação de potencialidade lesiva do provimento jurisdicional aos bens jurídicos protegidos na norma.*

- *Impertinência do argumento de receio de ‘efeito multiplicador’, pois a profusão de adequados e competentes pleitos judiciais decorre da inafastabilidade do controle jurisdicional e é imanente ao Estado Democrático de Direito.*

- *Recurso provido.*

(SLAT n° 0033926-35.2009.4.03.0000, Órgão Especial, j. 14/07/10, por maioria, DJ 23/08/10, grifos meus)

Na ocasião, assim se pronunciou o E. Desembargador Federal Márcio Moraes: “Ora bem, o que se objetiva, numa democracia que elegeu como pilar a inafastabilidade do controle jurisdicional, é justamente a profusão de adequados e competentes pleitos judiciais, o que certamente inspirará o próprio Poder Judiciário na resolução dos demais conflitos similares, ademais de repercutir na atuação dos demais Poderes, quiçá, na correção de eventual rumo anteriormente trilhado. Demais, não se descarta a importância dessa ‘multiplicação’ para a população em geral, como forma de conscientização de direitos e a melhor maneira de vindicá-los.”

De fato, a multiplicação de ações sobre um mesmo tema é algo natural, ínsito ao Estado de Direito, e não pode ser interpretado como um fenômeno contrário ao interesse público: deve-se recordar que este também é satisfeito quando a coletividade vê seus direitos fundamentais ou materiais garantidos em Juízo.

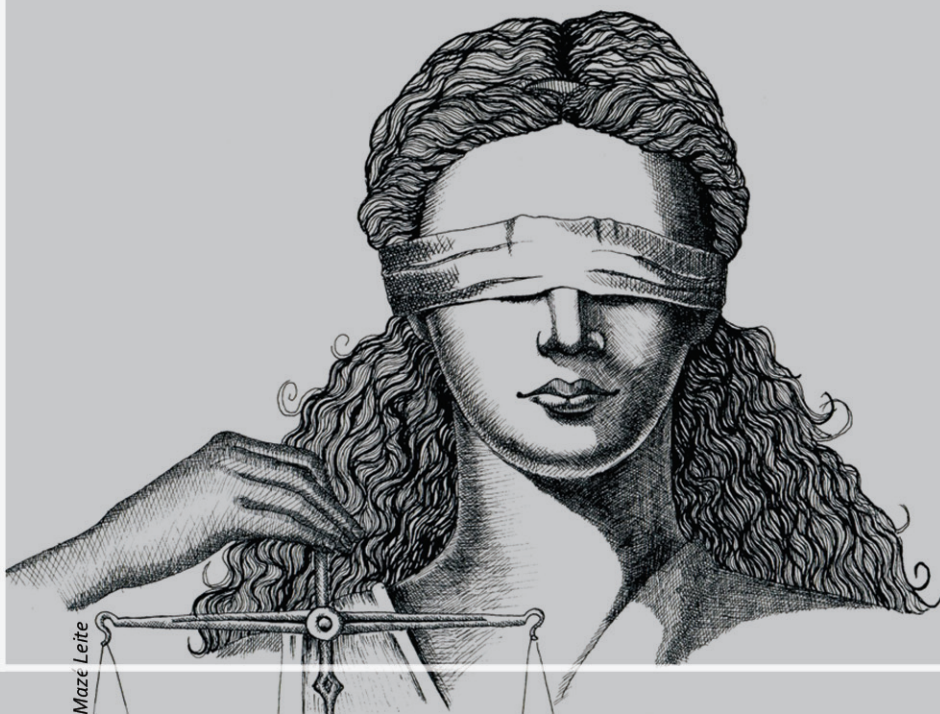
Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão. Decorrido in albis o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa.

Comunique-se. Dê-se ciência ao MPF. Int.

São Paulo, 04 de outubro de 2013.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000808-67.2000.4.03.6181
(2000.61.81.000808-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E OUTROS

Apelados: M.A.W.H. E OUTROS

Excluído: J.N.F.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: ACr 41639

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2013

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL: CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 4º, *CAPUT*, DA LEI 7.492/86. GESTÃO TEMERÁRIA. PRELIMINARES. AUTORIA COLETIVA. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. DENÚNCIA ESCORREITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BANESPA. GERENTES DE BANCO. GESTORES. AÇÕES EM DESCOMPASSO COM REGRAS *INTERNA CORPORIS*. ROLAGEM DE DÍVIDAS. CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS. AÇÕES OUSADAS. RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL. CONCURSO DE PESSOAS. CLIENTES PESSOA JURÍDICA. OPERAÇÕES SEM LASTRO. ESTELIONATO. MÉRITO. AUTORIA COMPROVADA. PREJUÍZO.

I - Denúncia que narra que J.D.F. e S.G.L., na qualidade, respectivamente, de gerentes geral e adjunto do então Banco Banespa S/A, Agência Brás, no período de 02/94 a 03/95, geriram fraudulentamente instituição financeira, pois, consciente e dolosamente autorizaram e realizaram operações financeiras extrapolando a competência que lhes era atribuída ou contrariando normas regulamentares do banco e causando vultoso prejuízo à instituição.

II - Apurou-se, ainda, que parte das operações envolvia um grupo de empresas do ramo de confecções (Status Jeans confecções LTDA., Rei do Jeans Confecções LTDA., Youmna Jeans Confecções LTDA. e Igreg Modas LTDA.), em tese comandado por M.A.W.H. e com a participação de A.K.H., W.A.W.H., J.N.F. e do advogado J.B. que, previamente ajustados com J.D.F. e S.G.L., negociaram duplicatas que sabiam não ter lastro, bem como obtiveram, mediante fraude, financiamento perante o Banco Banespa/Agência Brás.

III - As operações imputadas aos dois gerentes geraram o prejuízo estimado, em 05/1995, de R\$ 3.889.290,00 (três milhões, oitocentos e oitenta e nove mil e duzentos e noventa reais) ao Banco Banespa.

IV - Da leitura da exordial acusatória, verifica-se que a inicial descreve as condutas delituosas dos acusados, relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência dos crimes em tese praticados, assim como os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, permitindo aos acusados ciência das condutas ilícitas que lhe foram imputadas, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

V - Quanto aos corréus clientes do banco BANESPA, agência Brás - SP, que eram empresários libaneses do ramo de vestuário, imputou-se que todos estariam à frente das empresas envolvidas com a emissão e negociação de duplicatas e que sabiam estarem desprovidas de lastro e, mesmo sabedores da falta de liquidez, teriam realizado o negócio e auferido vantagem em desfavor da referida instituição financeira.

VI - Na sentença, o juízo *a quo*, fundado na *emendatio libelli*, desclassificou a acusação constante da inicial acusatória pela prática dos crimes dos arts. 7º, III, e 19 da Lei nº 7.492/86, para a figura do art. 171, do Código Penal, porquanto as operações discutidas tratam-se de desconto de duplicatas e empréstimo para capital de giro, ambas espécies de mútuo não vinculado, que dispensa a comprovação perante a instituição bancária acerca de sua efetiva aplicação, o que inversamente se verifica quanto ao financiamento.

VII - As ponderações tecidas pelo juízo *a quo*, que absolveu M.A.W.H., W.A.W.H., J.N.F. e o advogado J.B., encontram total supedâneo nos autos e não mereceram reparos, nos termos em que lá delineados.

VIII - Por outro lado, as provas são bastante firmes no sentido de que os dois gerentes do Banco BANESPA, Agência Brás, atuaram com excesso de poderes, exacerbando seus poderes de alçada, contrariando as regras *interna corporis* do banco, realizadas sem a prudência necessária.

IX - Um fato irregular, em descompasso com regras administrativas, não impõe o reconhecimento da tipicidade, mas o que se observa da narrativa dos autos, e da fartíssima documentação juntada, é que os réus arriscaram a tal ponto de atingir o bem jurídico protegido pelo diploma penal financeiro, que é a sua turbacão.

X - Não há como conceber a assertiva de que o silêncio do superior autoriza o comportamento desregrado do subordinado, e mais, que isso o isente de responsabilidade diante de falta grave, ou o que é pior, de ato ilegal.

XI - Réus que eram pessoas com atribuições diferenciadas, de gestão, já que respondiam pela imensa maioria das atividades exercidas, razão pela qual essa responsabilidade não lhes pode ser afastada.

XII - Considerando o perfil dos dois corréus gerentes do banco, em especial a ampla experiência no ramo, parece ingenuidade crer que depois de tantos anos ambos tenham se descuidado e confiado “excessivamente” no setor que seria responsável por captar e analisar a documentação para cessão de empréstimos.

XIII - Tampouco existem provas que confirmem que esse setor do banco, de fato, conferiu e identificou a coligação de empresas e se, em caso positivo, as repassou aos dois gerentes, o que enfraquece a prova da ciência da fraude.

XIV - Ambos também são acusados de rolagem de dívidas, concessão de empréstimos por ocasião de abertura de contas, o que, de plano, aponta claramente para uma decisão individual, um momento de avaliação subjetiva e aceitar um risco futuro que não é razoável.

XV - Tanto o procedimento interno levado a cabo pelo BANESPA, como os testemunhos de colegas da profissão, que também trabalhavam naquele banco, em setores diversos, informam a existência de um limite de alçada em relação à ação destes funcionários, o que ora se demonstrou com facilidade, tendo sido, inclusive, reconhecido pela auditoria interna do banco.

XVI - Malgrado não se desconheça que os gestores do mercado financeiro demandam um perfil ousado e desenvolto, isso não significa que, em nome do lucro, não se pode punir aquele que atua inobservando requisitos básicos de segurança, ainda que na hipótese inexistam prejuízo ou perdas.

XVII - Quanto à autoria e consciência da ilicitude, é indiscutível que ambos (J.D.F. e S.G.L.) negociavam as duplicatas, rolavam dívidas e executavam outras operações financeiras que sabiam sem liquidez, dissociadas das regras internas de segurança, com plenos poderes de administração, extrapolando a competência que lhes era atribuída, contrariando normas do banco durante os anos de 1994/1995.

XVIII - Pelas provas, deduz-se que esses dois réus agiram de maneira impetuosa, arriscada, confiando excessivamente no sucesso dos negócios, sendo evidente, pois, que realizaram negociações perigosas, assumindo um risco que sequer lhes era autorizado.

XIX - Pesa sobre ambos, ao reverso de uma conduta exteriorizada por ardis ou enganos, uma maneira audaciosa de arriscar o dinheiro alheio em operações que pelo senso normal das regras bancárias o insucesso era previsível.

XX - O dolo dos réus J.D.F. e S.G.L. restou consubstanciado na violação dos limites operacionais, de liquidez, das normas regulamentares, ou ainda autorizando diversas operações financeiras sem exigir garantias prescritas em lei, em desrespeito às boas técnicas bancárias dos serviços financeiros em notório excesso à audácia que é peculiar ao mundo financeiro.

XXI - Embora não tenha sido objeto de recurso das partes, a materialidade encontra-se fundada na farta documentação trazida pela Auditoria realizada pelo BANESPA, acostada aos autos apenas que, além de ter apurado as condutas, contabilizou o prejuízo sofrido pelo Banco.

XXII - Recursos da defesa não providos.

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 aos recursos, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de setembro de 2013.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1.607/1.623) e por ALI KALEB HUSSEIN (fls. 1.633/1.638), SALVADOR GARCIA LOPES e JOSÉ DURAN FERREIRA (fls. 1.648/1.660), contra a r. sentença de fls. 1.570/1.599 que julgou parcialmente procedente a ação penal, nos seguintes termos:

a) absolveu JEFFERSON BADAN, MOHAMAD ABDUL WAHAB HACHEM e WALID ABDUL WAHAB HACHEM, com fulcro no art. 386, inciso V, do CPP, da imputação do art. 19 da Lei nº 7.492/86;

b) condenou ALI KALEB HUSSEIN à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto - substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de um salário mínimo e prestação de serviço - e ao pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao art. 171, *caput*, do Código Penal, por três vezes, c/c o art. 71, também do Código Penal;

c) condenou JOSÉ DURAN FERREIRA, como incurso no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos - consistentes em prestação pecuniária no montante equivalente à vinte e cinco salários mínimos vigentes na época dos fatos e prestação de serviço - e ao pagamento de 97 (noventa e sete) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo vigente na época dos fatos;

d) condenou SALVADOR GARCIA LOPES, como incurso no art. 4º, parágrafo único,

da Lei nº 7.492/86, à pena de 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos - consistentes em prestação pecuniária equivalente à vinte e cinco salários mínimos vigentes na época dos fatos e prestação de serviço - e ao pagamento de 77 (setenta e sete) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo vigente na época dos fatos.

Publicação da sentença: 16/11/2009 (fl. 1.600).

A denúncia foi recebida aos 13/02/2004 (fls. 698/699).

Razões do Ministério Público Federal (fls. 1.607/1.623):

a) requer a condenação dos corréus José Duran Ferreira e Salvador Garcia Lopes pelo crime de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86), considerando estar comprovado o elemento normativo “fraude” e a consciência da ilicitude por parte de ambos;

b) requer a condenação dos corréus Mohamad Abdul Wahad Hachem, Walid Abdul Wahab Hachem e Jeferson Badan pela prática do delito previsto no art. 171, c/c o art. 71, ambos do CP;

c) pleiteia a majoração das penas bases fixadas para José Duran Ferreira, Salvador Garcia Lopes e Ali Kaleb Hussein;

d) a adequação da pena de multa às novas sanções privativas de liberdade impostas.

Razões de apelação de Ali Kaleb Hussein (fls. 1.634/1.638):

a) a nulidade *ab initio* do processo, sustentando a inépcia da denúncia em razão da falta de individualização das condutas praticadas por cada qual dos envolvidos;

b) a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação;

c) a absolvição do apelante em virtude da atipicidade da conduta, à vista da ausência dos requisitos objetivos do tipo;

d) subsidiariamente, a redução da pena imposta.

Razões de apelação de José Duran Ferreira e Salvador Garcia Lopes (fls. 1.648/1.660):

a) requerem a absolvição, ao argumento de que, em razão da informatização do sistema da instituição bancária e da elaboração diária de relatórios, seria impossível a prática de crimes, posto que em razão da dita “fiscalização”, era inviável que os gerentes ultrapassassem os limites de suas funções;

b) a absolvição por falta de provas quanto ao elemento subjetivo (dolo) dos agentes, bem como de que tenham auferido qualquer vantagem econômica;

c) subsidiariamente, a redução das penas, bem como a imposição de uma única sanção restritiva de liberdade.

Contrarrazões pelas partes: fls. 1.639/1.640, 1.641/1.642, 1.644/1.647, 1.662/1.669, 1.688/1.694.

O corréu Jeferson Badan, advogado que também atuava em causa própria, embora intimado (fls. 1.628/1.629), não apresentou contrarrazões (fls. 1.670).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 1.702/1.711v): pelo improvimento das apelações interpostas pelos réus Ali Kaleb Hussein, Salvador Garcia Lopes e José Duran Ferreira e o provimento integral do recurso ministerial para: a) condenar Salvador Garcia Lopes e José Duran Ferreira pela prática do delito de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86); b) condenar os apelados Mohamad Abdul Wahad Hachem, Walid Abdul Wahab Hachem e Jeferson Badan por infração ao art. 171, c/c o art. 71, ambos do CP; e c) majorar as penas-bases fixadas aos réus Ali Kaleb Hussein, Salvador Garcia Lopes e Jose Duran Ferreira, bem como

readequar as respectivas sanções de multa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de JOSÉ DURAN FERREIRA e SALVADOR GARCIA LOPES, por infração ao art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, e art. 288 do CP, na forma do art. 69 do mesmo diploma legal; Mohamad Abdul Wahad Hachem, Ali Kaleb Hussein, Joud Nagi Fayad, Walid Abdul Wahad Hachem e Jeferson Badan, por infração aos arts. 7º, III, e 19, ambos da Lei nº 7.492/86, em concurso material com o delito previsto no art. 288 do CP, imputando, ainda, ao corréu Mohamad a agravante genérica do art. 62, I, do CP.

Diz a inicial que José Duran Ferreira e Salvador Garcia Lopes, na qualidade, respectivamente, de gerentes geral e adjunto do então Banco Banespa S/A, Agência Brás, no período de 02/94 a 03/95, geriram fraudulentamente instituição financeira, pois, consciente e dolosamente autorizaram e realizaram operações financeiras extrapolando a competência que lhes era atribuída ou contrariando normas regulamentares do banco e causando vultoso prejuízo à instituição.

Apurou-se, ainda, que parte das operações envolvia um grupo de empresas do ramo de confecções (Status Jeans confecções LTDA., Rei do Jeans Confecções LTDA., Youmna Jeans Confecções LTDA. e Igreg modas LTDA.), em tese comandado por Mohamad Abdul Wahad Hachem e com a participação de Ali Kaleb Hussein, Walid Abdul Wahad Hachem, Joud Nagi Fayad e do advogado Jeferson Badan que, previamente ajustados com José Duran Ferreira e Salvador Garcia Lopes, negociaram duplicatas que sabiam não ter lastro, bem como obtiveram, mediante fraude, financiamento perante o Banco Banespa/Agência Brás.

Ao final, as operações imputadas aos dois gerentes geraram o prejuízo estimado, em 05/1995, de R\$ 3.889.290,00 (três milhões, oitocentos e oitenta e nove mil e duzentos e noventa reais) ao Banco Banespa.

Preliminares arguidas pela defesa de Ali Kaleb Hussein

Falta de individualização das condutas

Não assiste razão à defesa.

Da leitura da exordial acusatória, verifica-se que a inicial descreve as condutas delituosas dos acusados, relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência dos crimes em tese praticados, assim como os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, permitindo aos acusados ciência das condutas ilícitas que lhe foram imputadas, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Assim, a denúncia não é inepta, mas apenas possui caráter geral, o que não a macula.

Nessa esteira é o julgado que trago à colação:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. DENÚNCIA GERAL. POSSIBILIDADE. INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de autoria e materialidade, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade.

2. Examinando os tipos penais incriminadores indicados na denúncia com as condutas supostamente atribuíveis à Recorrente, vê-se que a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa.

3. A teor do entendimento desta Corte, é possível o oferecimento de denúncia geral quando uma mesma conduta é imputada a todos os acusados e, apesar da aparente unidade de desígnios, não há como pormenorizar a atuação de cada um dos agentes na prática delitiva. Precedentes.

4. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese.

5. Imputada à Recorrente a responsabilidade por fatos posteriores ao seu ingresso na empresa como sócia, encontra-se justificada a necessidade da persecução penal, uma vez que a continuidade delitiva, na conduta em questão, alcança e ultrapassa o momento da entrada no quadro societário, como demonstrado nos autos.

6. Outro entendimento não seria possível nesta via, pois demandaria exame acurado do conjunto fático-probatório emanado dos autos, o que não é cabível na estreita via do *habeas corpus*, sendo próprio da fase instrutória da ação penal.

7. Não se pode, pois, de antemão, retirar do Estado o direito e o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal.

8. Recurso desprovido.

(RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 22.829, RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ, julgado em 16 de dezembro de 2010)

Cumpra sinalar, ainda, que o Superior de Justiça, na esteira do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, tem decidido que, em se tratando de crimes de autoria coletiva, não é necessária a descrição individualizada da conduta dos acusados, pois eles têm a mesma responsabilidade, bastando uma exposição relativamente genérica da participação de cada um.

Confirmam-se julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, que colaboram na tese esposada:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. INADMISSIBILIDADE. CRIME SOCIETÁRIO. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA E RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL. ARTS. 41 E 395 DO CPP. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

A análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do *habeas corpus*. Precedentes.

Não se exige descrição pormenorizada de condutas em crimes societários, quando presentes, na inicial acusatória, elementos indicativos de materialidade e autoria do crime, suficientes para deflagração da ação penal. Precedentes.[...]

(STF, HC 98.840/SP, 2ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJE de 25/09/2009)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TESE DE VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DE TESE. MERA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS. SÚMULA Nº 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 573, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ESTADO DE NECESSIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. FALTA DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. AFRONTA AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGADA INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A alegada contrariedade a dispositivo de lei federal, sem, no entanto, desenvolver argumentos ou demonstrar de que maneira o acórdão recorrido teria violado a norma, atrai a incidência da Súmula nº 284 do Excelso Pretório.

2. A nulidade da audiência de inquirição das testemunhas não implica necessariamente sejam declarados também nulos os atos posteriores. Não há como ser reconhecido o vício, que tem caráter relativo, se dele não resultou qualquer prejuízo comprovado para o acusado.

3. No caso, o aresto hostilizado consignou que as oitivas realizadas em nada interferiram nas teses defensivas, bem assim não desabonaram a conduta do Réu. Dessa forma, não há indicação da utilidade da medida requerida, restando imperiosa a conclusão de que não há prejuízo para a Defesa.

4. Para configurar o crime de apropriação indébita previdenciária, não se revela imprescindível a prova pericial, podendo a materialidade ser embasada nos procedimentos administrativo ou fiscal, como na hipótese. Ademais, essa diligência foi requerida somente nas razões da apelação criminal, restando preclusa a matéria.

5. Insta sobrelevar, ainda, que as instâncias ordinárias procederam a minucioso cotejo dos elementos coligidos durante a instrução criminal e, a partir do seu exame, apresentaram fundamentos coerentes para a condenação. Dessa forma, reconhecer a pretensa falta de provas esbarra no óbice contido na Súmula nº 7 desta Corte.

6. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese.

7. No caso, a inicial acusatória descreve as condutas delituosas do Recorrente, relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência do crime em tese praticado, bem assim os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal.

8. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1044537/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011)

No caso *sub examen*, restaram claramente delineados os papéis desempenhados, segundo a versão da acusação, por cada qual dos envolvidos e qual a relação deles com o Banco BANEPA e com as operações financeiras descritas, ditas irregulares e investigadas. Em outras palavras, os corréus foram claramente descritos, ou como funcionários com poder de gerência, ou “clientes” Pessoa Jurídica ou, ainda, e por último, Jeferson Badan, o corréu que teria atuado no papel de advogado e intermediador das negociações.

Assim, é justamente dessa narrativa acusatória que se pode extrair com facilidade as imputações que lhes pesam e, por isso, podem - como puderam - defender-se plenamente

durante toda a instrução, pois aquilo que lhes era imputado era facilmente cognoscível.

Não há mácula, portanto, ao direito de defesa, que é o ponto cardeal dessa garantia processual.

Nulidade por ausência de fundamentação da sentença

Muito menos razão assiste a essa alegação.

A sentença tratou todas as questões postas com minúcias, analisou com vagar os fatos colocados em juízo e fundamentou escorreitamente todos os elementos, razão pela qual inexistem motivos para anulá-la.

Diga-se, a respeito, que o Ministério Público Federal aponta que essa nulidade já foi refutada em primeiro grau, com fundamentação que não merece reparos:

(...)

Desde logo, insta ressaltar que, a preliminar já foi analisada e expressamente afastada pelo MM. Juízo a quo (fls. 1.573/1.574v).

Não obstante, verifica-se que a denúncia, além de preencher todos os requisitos do art. 41 do CPP, descreve, suficientemente, os fatos tidos como criminosos, as circunstâncias em que ocorreram e a respectiva tipificação penal, de forma que permitiu o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte de todos os denunciados (cf. fls. 02/13).

Tratando-se de crime praticado no âmbito de pessoa jurídica, não se exige, como quer o apelante, a descrição minuciosa da conduta de cada acusado. A organização dos agentes e a “blindagem” proporcionada pela pessoa jurídica impede a apreciação detalhada da conduta de cada um dos envolvidos. A prática mostra que os crimes praticados no âmbito de instituições financeiras ou empresas o são a portas fechadas e envolvem, na maioria das vezes, um pequeno grupo. Torna-se, portanto, impossível, mesmo após investigação cautelosa e detalhada como a deste processo, apontar, exatamente, qual foi a conduta de cada um dos acusados.

No caso em análise, foram denunciados exatamente aqueles que detinham poder de gerência dentro da instituição financeira ou foram responsáveis pelos contratos fraudulentos, na época dos fatos. Assim, constou da denúncia os gerentes que, na instituição financeira, proporcionaram os empréstimos fraudulentos, bem como aqueles que contribuíram com a fraude na condição de administradores das pessoas jurídicas beneficiadas com as transações ilícitas.

Rejeitadas todas as preliminares arguidas, prossigo no exame do mérito dos recursos.

Por questões de didática, analisarei as condutas em dois blocos, sob os parâmetros da identidade das imputações legais quanto das fáticas.

Ali Kaled Hussein, Mohamad Abdul Wahab Hachem, Jeferson Badan e Walid Abdul Wahab Hachem (imputações do art. 171, do Código Penal)

Quanto a esses corréus, à exceção de Jeferson que é advogado, e que seria o intermediador das negociações entre os gerentes do Banco BANESPA, agência Brás - SP, os demais seriam clientes que, como empresários libaneses do ramo de vestuário, estariam, supostamente, à frente das empresas envolvidas com a emissão e negociação de duplicatas que sabiam estarem desprovidas de lastro e, mesmo sabedores da falta de liquidez, teriam realizado o negócio e auferido vantagem em desfavor da referida instituição financeira.

Na sentença, o juízo *a quo*, fundado na *emendatio libelli*, desclassificou a imputação constante da inicial acusatória pela prática dos crimes dos arts. 7º, III, e 19, da Lei nº 7.492/86, para a figura do art. 171, do Código Penal, porquanto as operações discutidas tratam-se de desconto de duplicatas e empréstimo para capital de giro, ambas espécies de mútuo não vinculado, que dispensa a comprovação perante a instituição bancária acerca de sua efetiva aplicação, o que inversamente se verifica quanto ao financiamento.

A par disso, entendo que para melhor esclarecer é importante que se coloque parâmetros precisos, traçando uma linha limitadora em relação ao extenso rol de irregularidades elencadas na inicial e na farta documentação em apenso: trataremos aqui das operações de desconto de duplicatas sacadas pela “Stattus Jeans LTDA.” em face das coligadas (operações de 06/02/95 e 15/02/95, conforme reproduzido na sentença às fls. 1.578/1.579) e não pagas, assim, como a concessão de crédito à essa empresa garantida por duplicatas sem lastro emitidas contra as empresas “Hachem”, “Youmma” e “Masri” (03/03/95).

Quanto às demais operações, em outras datas, embora reconhecidamente descompensadas com as cautelas de segurança e liquidez, não se reconheceu emprego de ardil ou fraude, razão pela qual não serão objeto de qualquer análise.

Esclarecidas essas premissas, e neste particular, pleiteia o membro do Ministério Público Federal em relação a Mohamad Abdul Wahab Hachem, Jeferson Badan e Walid Abdul Wahab Hachem a condenação nas penas do art. 171, c/c o art. 71, ambos do CP.

Por sua vez, Ali Kaled Hussein sustenta sua inocência.

A acusação afirma a tese de que todos estariam envolvidos nas fraudes, ao argumento de que os contratos sociais das empresas “Stattus Jeans LTDA.”, “Rei do Jeans Confecções LTDA.”, “Youmma Confecções LTDA.” e “Igreg Modas LTDA.”, aliados aos depoimentos de testemunhas em fase policial, revelam que todos agiram em conluio, fraudando a documentação a fim de perceber vantagem econômica indevida.

Além disso, afirma que a fotografia (fl. 220) entregue por Mohamad Kaled Hussein, irmão do corréu Ali, na qual Mohamad Hachem, José Duran e Salvador estão abraçados em uma viagem à cidade de Ilhabela/SP, demonstraria amizade e proximidade entre os envolvidos apontados, circunstância que também laboraria em favor da tese acusatória.

Paralelamente, anotações nos canhotos de cheques de titularidade de Ali, preenchidos por Mohamad (fls. 223/224), além da cártula de titularidade da “Hachem Confecções LTDA.” (fl. 271), assinada por Mohamad, datada para o ano de 1996, posterior à venda da empresa, igualmente seriam provas de que não era somente Ali o autor do estelionato.

Entretanto, não se pode precisar a data na qual esses cheques foram assinados, já que a própria documentação não infirma que Mohamed tenha sido sócio da “Stattus Jeans” o que, contudo, teria ocorrido em período anterior àquele destacado na denúncia referente à obtenção fraudulenta do crédito.

De fato, as testemunhas Mohamad Kaled Hussein, irmão de Ali, e a secretária Gislene Cazares Soares (fls. 268/268v) informam versão alinhada entre si, no sentido de que Ali seria apenas um “testa de ferro” de Mohamad, o verdadeiro proprietário das empresas coligadas, de quem inclusive teria perdido muito dinheiro, que seria uma pessoa perigosa e o único articulador e responsável pelas fraudes.

Todavia, em relação a este réu não se tem muito mais que isso, como bem alinhavou a sentença.

O cotejo dos contratos sociais (e suas respectivas alterações): da “Stattus Jeans” (fls.

161/162), na qual constam apenas Ali e Joud Naji Fayad como sócios; “Youmma Jeans Confeções LTDA.” (fls. 167/171), no qual Mohamad retira-se da sociedade aos 26/01/1995; a alteração do contrato social do “Rei do Jeans confecções LTDA.”, onde Walid Abdul Wahab Hachem retira-se do quadro societário (fls. 181/186); retira-se da sociedade “Hachem Confeções LTDA.” o sócio Mohamad Abdoul Wahab Hachem, ficando Ali Kaled Hussein como o administrador da empresa aos 24/01/1995 (fls. 192/195); retirada de Mohamad Abdoul Wahab Hachem e Abdoul Wahab Ahmad Hachem e ingresso de Ali Kaled Hussein e Joud Naji Fayad nos quadros da empresa “Masri Jeans e Confeções” aos 02/12/1994 (fls. 200/201).

Portanto, diversamente do que sustenta a acusação, o exame das cópias dos contratos apenas reforçam que, ao menos documentalente, Mohamad e Walid não exerciam, à época das operações consideradas fraudulentas, cargos de gestão nas empresas envolvidas.

Em continuidade, a prova testemunhal também não socorre à tese a ponto de justificar a reforma da sentença absolutória.

Embora não seja desarrazoado sustentar que Mohamad, na hipótese de estar de fato envolvido em negócios escusos, tivesse interesse em manter-se oculto na direção das empresas, justamente em razão das irregularidades praticadas, é circunstância que carece de outras provas.

Contudo, a dúvida sempre opera em favor do réu e não o contrário.

De outro lado, inexistem provas, pois, que Ali tenha sido um mero laranja na empresa, não tendo a defesa desguarnecido a prova da acusação nesse sentido.

O próprio réu, quando ouvido em fase administrativa, confirmou todas as irregularidades praticadas, imputando, todavia, a autoria moral à pessoa de Mohamad.

Em contraponto, mas não menos importante, são ainda mais insuficientes e frágeis as informações e fatos colhidos em desfavor de Walid e Jéferson.

Inegável, pois, que em relação a estes dois a dúvida ainda é mais concreta em seu favor.

As ponderações tecidas pelo juízo *a quo* encontram total supedâneo nos autos e não merecem reparos, razão pela qual transcrevo excertos de interesse, de molde a justificar o édito absolutório em favor de Walid, Mohamad e Jéferson, assim como a condenação de Ali Hachem, nos termos em que lá delineados, *verbis* (fls. 1.581v/1.582):

(...) De outro lado, além da obtenção fraudulenta dos empréstimos, seu não pagamento, que motivou as execuções, e está comprovado em tal auditoria, destacado às fls. 05/06, 24, na qual se relata acerca da empresa Statu's, “devedores não localizados e inexistência de bens penhoráveis”, 83, em que se aponta que esta não apresentou proposta para composição das dívidas, e fl. 1508, indicando a existência da execução, é prova suficiente da “vantagem ilícita, em prejuízo alheio”.

Quanto às demais operações, embora realizadas em descompasso com as mínimas cautelas exigidas pela seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos bancários, não se constituíram mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

As empresas “Rei do Jeans” e “Igreg” tinham, à época dos fatos, outros sócios que não Ali e Joud, razão pela a qual não se verifica a mesma simulação com relação às duplicatas por elas emitidas em face da empresa “Youmma”, ou as transferências entre contas desta para a “Rei do Jeans”. “Não há prova de falsidade de outras garantias, tampouco que tenham falseado as atividades ou sua existência de fato. Tampouco se demonstrou que foram ocultadas da instituição financeira, quer pelas empresas, quer pelos gerentes, as restrições no CCF, cheques devolvidos e outras restrições.

Noto, ainda, que nenhuma outra fraude foi apurada na auditoria do BANESPA ou no resul-

tado das quebras de sigilo bancário em apenso. A descrição das operações em si, fls. 05/07, tampouco aponta fraude, artifício ou ardil, mas tão só temeridade dos gerentes. As demais fraudes estariam, então, no conluio entre os gerentes e os outros réus.

Contudo, eventual conluio entre os réus de que se trata, sua atuação de fato nas empresas e associação para tirar proveito nestas operações e em outras têm por respaldo apenas prova oral produzida em inquérito policial, notadamente pelo irmão do réu Ali, Mohamad Kaled Hussein, e por sua secretária, Gislene Cazares Soares, não reproduzida em juízo, dado que não encontradas as testemunhas, delas desistindo expressamente a acusação, não podendo, portanto, ser considerada, à falta de outros elementos materiais ou colhidos sob o pálio dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, como, aliás, dispõe expressamente o art. 155 do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (destaque no original)

Das condutas imputadas aos réus José Duran Ferreira e Salvador Garcia Lopes

Quanto a estes réus, não existem quaisquer dúvidas que suas condutas foram pautadas por atuações em desconformidade com a lei.

Neste aspecto, não se sustentam os pleitos de absolvição formulados por ambos, pois as provas são bastante firmes no sentido de que atuaram com excesso de poderes, exacerbando seus poderes de alçada, contrariando as regras *interna corporis* do banco.

Posto isso, entendo que a questão que se controverte nos autos é sobre a definição do fato típico imputado a ambos, se a gestão narrada pela acusação foi pautada pelo emprego de meios ardilosos e fraude, ou se realizada sem a prudência necessária.

Um fato irregular, em descompasso com regras administrativas, não impõe o reconhecimento da tipicidade, mas o que se observa da narrativa dos autos, e da fartíssima documentação juntada, é que os réus arriscaram a tal ponto de atingir o bem jurídico protegido pelo diploma penal financeiro, que é a sua turbação.

Tanto Salvador (gerente adjunto) como José Duran (gerente geral) exerciam papéis decisivos, entre outras atribuições, de gestores de captação de crédito no Banco Banespa da agência Brás - SP. Em outras palavras, detinham poder de decisão no sentido de traçar os caminhos dos negócios daquela filial da instituição.

Tanto assim, que os testemunhos foram firmes, e os próprios réus assumem, que foram transferidos para aquela agência em razão da sólida carreira e experiência que detinham, com a finalidade de auxiliar nos resultados e que, por isso, gozavam de certa autonomia para atuar em prol das metas agressivas que visavam, situação que, de toda maneira, teria como limite as regras administrativas e legais.

O que alegam em seu favor é na verdade que a Diretoria Regional, então personificada pela pessoa de Antonio Andrade Ramos, tinha ciência de todo o processado, além do que não teriam a atribuição, ou responsabilidade, de conferir a veracidade das documentações apresentadas pelos clientes.

A situação não me parece ter ocorrido exatamente nestes termos.

Ainda que a Diretoria Regional exercesse um papel fiscalizador das atividades ali exercidas, ou das decisões ali tomadas, essa conduta mais se assemelha a um eventual consentimento, uma aquiescência silenciosa dos superiores hierárquicos, o que, todavia, à falta de provas, não

lhes pode ser seguramente apontado.

Sob outro ângulo, não há como conceber a assertiva de que o silêncio do superior autoriza o comportamento desregrado do subordinado. E mais, que isso o isente de responsabilidade diante de falta grave, ou o que é pior, ato ilegal.

De qualquer maneira, eram pessoas com atribuições diferenciadas, de gestão, já que respondiam pela imensa maioria das atividades ali exercidas, razão pela qual essa responsabilidade não lhes pode ser afastada.

Em continuidade, considerando o perfil desses dois corréus, em especial a ampla experiência no ramo, parece ingenuidade crer que depois de tantos anos ambos tenham se descuidado e confiado “excessivamente” no setor que seria responsável por captar e analisar a documentação para cessão de empréstimos.

Em contraponto, tampouco existem provas que confirmem que esse setor do banco, de fato, conferiu e identificou a coligação de empresas e se, em caso positivo, as repassou aos dois gerentes, o que enfraquece a prova da ciência da fraude.

Mais que isso, ambos também são acusados de rolagem de dívidas, concessão de empréstimos por ocasião de abertura de contas, o que, de plano, aponta claramente para uma decisão individual, um momento de avaliação subjetiva e aceitar um risco futuro que não é razoável.

Importante que se diga que, em relação a estes réus, as imputações não se restringem às irregularidades praticadas em favor das coligadas da “Sttatus Jeans Confeccões LTDA.”.

A denúncia narra uma dezena de irregularidades, envolvendo desde a emissão de duplicatas sem lastro até rolamentos de dívidas.

De tudo isso, o que entendo fundamental é que tanto o procedimento interno levado a cabo pelo BANESPA, como os testemunhos de colegas da profissão, que também trabalhavam na aquele banco, em setores diversos, informam a existência de um limite de alçada em relação à ação destes funcionários, o que ora se demonstra com facilidade, tendo sido, inclusive, reconhecido pela auditoria interna do banco.

A exata compreensão dessa regra aufere-se do depoimento de João Augusto Gil Martins (fls. 1285/1289), à época gerente de Divisão da Auditoria do Banespa, que declina de maneira clara a atuação desmedida, e a respectiva ciência, por parte dos envolvidos, *verbis*:

(...)

Eu me recordo que foi apurado descumprimento normativo das normas do banco por parte de Duran e por parte de Salvador, consistente em deferimento das operações de crédito em desacordo com as normas do banco. (...)

As normas do banco proibiam rolagem de dívidas, que no entanto foram autorizadas pelo Salvador e pelo Duran. Me recordo que grande parte do descumprimento das normas regulamentares do banco, descritas na página 03 da denúncia, foram feitas pelos réus José Duran e Salvador.

Quanto à empresa Dizzioli S/A, lembro que se encontrava em situação concordatária. No caso da Dizzioli não houve consulta junto à Diretoria do banco para aprovação da operação bancária. (...) Através da apuração da auditoria, ficou comprovada documentalmente a responsabilidade de José Duran e Salvador.

(...)

O gerente geral da agência tinha uma alçada, um valor para deferimento das operações, desde que atendidas as normas do banco; já a alçada do gerente de negócios era um pouco menor que a concedida ao gerente-geral, obedecidas as regras do banco (...)

Os corrêus argumentam que a localização da agência bancária orienta a ação e as características dos seus gestores, vale dizer, como se tratava de uma grande, diferenciada e importante agência localizada no Brás, em São Paulo, local reconhecidamente de comércio muito forte, onde estão diversas empresas geridas por estrangeiros, era notadamente uma agência de perfil agressivo, doadora de recursos.

Malgrado não se desconheça que os gestores do mercado financeiro demandam um perfil ousado e desenvolto, isso não significa que, em nome do lucro, não se pode punir aquele que atua inobservando requisitos básicos de segurança, ainda que na hipótese inexistia prejuízo ou perdas.

José Duran era gerente geral da agência e experiente funcionário do banco, o mesmo se diga em relação a Salvador, com uma carreira de 23 (vinte e três) anos no banco. Ambos afirmam que no mesmo local também trabalhavam seus superiores, que tinham não só ciência de todo seus passos, como eram realizados relatórios diários, o que tornava impossível realizar qualquer ação extrapolando os limites das atribuições.

Além disso, como o sistema era informatizado, a fiscalização hierárquica era sobremaneira facilitada e realizada *online*, além do que existiam setores específicos para checagem da documentação apresentada pelos clientes, o que lhes retirava a responsabilidade pela avaliação de qualquer falsidade ou inconsistência dos documentos apresentados.

Tamanha seria a clareza da legalidade dessas operações que, além de realizadas às claras, eram fiscalizadas pela unidade regional que cobrava dos gerentes resultados positivos de difícil alcance, com altas metas de lucro, movimentação, além do que as operações eram ações colegiadas que contavam com a participação de vários setores do banco.

De fato, repiso que a conduta de gestores financeiros é notadamente calcada em riscos, comportamentos por vezes ousados e as operações bancárias de captação de renda e empréstimos, em si mesmas, são operações arriscadas por natureza.

Com base nisso, a defesa diz que tais transações seriam regulares, todavia, essa natureza, isoladamente, não exime a responsabilidade penal daquelas ações que, para além de decisões perigosas, abalam a credibilidade do sistema financeiro como um todo.

A doutrina e jurisprudência pátrias classificam a gestão fraudulenta como crime habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, o que equivale afirmar nas palavras de Guilherme Nucci, *verbis*, “a reiteração na prática de crimes instantâneos ou permanentes” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, pág. 140).

Portanto, quanto à autoria e à consciência da ilicitude, é indiscutível que ambos negociavam as duplicatas, rolavam dívidas e executavam outras operações financeiras que sabiam sem liquidez, dissociadas das regras internas de segurança, com plenos poderes de administração, extrapolando a competência que lhes era atribuída, contrariando normas do banco durante os anos de 1994/1995.

Desta condição não há sequer insurgência por parte da apelação destes envolvidos, tanto que os mesmos tentam afastar a responsabilidade das imputações ora alegando a nulidade do feito, ora afirmando que desconheciam as falsidades, defendendo a “aparente” legalidade das transações levadas a cabo durante anos, de molde a colaborar com a bancarrota da instituição e com sua consequente liquidação extrajudicial.

Neste aspecto, confirmando o que se lê linhas acima sobre o crime de gestão fraudulenta previsto no *caput* do artigo 4º, da Lei nº 7.492/86, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes preceituam:

A conduta incriminada no art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86, é a de “gerir fraudulentamente instituição financeira”, cuja pena cominada é de três a doze anos de reclusão e multa.

O núcleo desse tipo penal consubstancia-se no conceito de gerir, que significa administrar, dirigir ou gerenciar, tomar decisões, exercer a direção da instituição financeira ...

O elemento descritivo e normativo do tipo vem expresso em “fraudulentamente”. O termo “fraude” engloba todo tipo de ação ou omissão que implique manobras dispostas a enganar, ludibriar, induzir ou manter alguém em erro, no que tange à gestão das instituições financeiras. Trata-se de fraude como gênero, do qual o artilho, o artifício e a mentira, entre outros meios enganosos, são espécies.

O objeto jurídico da tutela deste dispositivo legal é a segurança e credibilidade do sistema financeiro nacional, bem como os interesses dos investidores, do mercado de capitais e a solidez da poupança popular.

As atividades desempenhadas pelas instituições financeiras delimitadas no artigo 1º e seu parágrafo único da Lei em exame reclamam proteção legal. São atividades que devem ser desempenhadas dentro de princípios de confiança, segurança, transparência, certeza e licitude, os quais uma vez violados por qualquer manobra fraudulenta, oriunda daqueles que exercem a gestão da instituição, acarretarão a prática deste crime do art. 4º, *caput*.

Portanto, gestão fraudulenta é todo ato de administração no âmbito da empresa, objetivando prejudicar alguém ou obter vantagem indevida em prejuízo alheio ou, ainda, enganar empregando o administrador manobras ilícitas, fraude ou artifícios.

Já a gestão temerária, pedido alternativo atravessado pela apelante, significa aquela que é feita sem a prudência ordinária, de forma impetuosa, de maneira arriscada, afoita, feita de forma insensata.

E é o que mais se assemelha à hipótese.

Pelas provas, deduz-se que esses dois réus agiram de maneira impetuosa, arriscada, confiando excessivamente no sucesso dos negócios. É evidente, pois, que realizaram negociações perigosas, assumindo um risco que sequer lhes era autorizado.

Pesa sobre ambos, ao reverso de uma conduta exteriorizada por ardis ou enganos, uma maneira audaciosa de arriscar o dinheiro alheio em operações que pelo senso normal das regras bancárias o insucesso era previsível.

José Duran e Salvador tinham a seu dispor evidências de que as empresas não honrariam os compromissos assumidos, mas, mesmo assim, deferiram uma série de empréstimos.

Nesse aspecto, no crime de gestão temerária, a conduta é caracterizada pelo dolo eventual, na medida em que o agente, tendo a previsão do resultado, assume o risco realizando a conduta indiferente aos danos ao Sistema Financeiro.

É certo que o dolo dos réus restou consubstanciado na violação dos limites operacionais, de liquidez, das normas regulamentares, ou ainda autorizando diversas operações financeiras sem exigir garantias prescritas em lei, em desrespeito às boas técnicas bancárias dos serviços financeiros em notório excesso à audácia que é peculiar ao mundo financeiro.

Perfilhando a mesma posição acerca da caracterização da gestão temerária em hipóteses similares, colhem-se as seguintes decisões deste Tribunal:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO TEMERÁRIA. HABITUALIDADE NÃO CARACTERIZADA. CRIME DE PERIGO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PROVA DA POTENCIALIDADE LESIVA DO ATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO COMPROVADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal para apurar a prática do crime descrito no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.
2. Ao acusado imputa-se a prática do crime de gestão temerária, em virtude de, na qualidade de Diretor de Operações de Desenvolvimento do Banco Banespa, ter autorizado irregularmente a liberação de parcela de financiamento à empresa Fazenda Cacau Açú.
3. Materialidade delitiva não comprovada. A gestão temerária caracteriza-se quando o ato de administração praticado pelo agente é de elevado risco, capaz de colocar em perigo concreto a saúde financeira da sociedade. Precedentes.
4. As informações trazidas aos autos do BACEN e do BANESPA apenas limitam-se a mencionar aspectos da irregularidade do ato, não se apontando a existência de qualquer elemento que diga respeito à sua real potencialidade lesiva.
5. Conforme estudo realizado pelo Banco Central, das nove parcelas do financiamento, apenas a quarta parcela foi autorizada pelo réu. A despeito de a liberação da parcela ter seguido procedimento equivocado, dado que ausente o repasse da Secretaria Estadual, tal ato não causou prejuízo à instituição financeira, conforme se vê dos depoimentos prestados e dos documentos acostados aos autos, os quais demonstram que o banco foi integralmente ressarcido das antecipações efetuadas com recursos próprios.
6. É essencial para a configuração do crime de gestão temerária o elemento da habitualidade. Precedentes.
7. Autoria que também não se comprova. O acusado apenas foi responsável pela liberação da quarta parcela do financiamento, não tendo participado do estudo do projeto ou da aprovação do financiamento.
8. A análise do Relatório da Comissão Especial de Sindicância do Banespa e o relatório apresentado pelo BACEN demonstra que a liberação de todas as parcelas foram feitas sem a fiel observância do cronograma estabelecido para o financiamento, sendo certo que o réu, que assumiu a direção do departamento responsável pelo projeto, agiu de acordo com os demais gestores, liberando a quarta parcela tendo por base os relatórios dos responsáveis pelo acompanhamento da obra, os quais foram favoráveis à liberação, em claro atendimento ao que se chama na Ciência da Administração de cultura organizacional.
9. Não se pode imputar a alguém um crime por simples conjecturas ou suposições, tendo como base o mero fato de ser notória a ocorrência de irregularidades em determinada instituição financeira, sendo imprescindível que se individualize a conduta, de modo a restar inequívoca a autoria.
10. Apelação desprovida. Absolvção mantida.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0101158-05.1996.4.03.6181, Rel. JUIZA CONVOCADA SILVIA ROCHA, julgado em 28/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/07/2011 PÁGINA: 136)

(...) No crime de gestão temerária de instituição financeira, configura-se o dolo pela concessão de empréstimo a empresa deficitária, com a ciência desta situação e com desprezo às mínimas garantias de segurança e liquidez exigidas pela boa técnica bancária.

(...) O elemento normativo do tipo penal configura-se pela imprudência, afoiteza, audácia das transações, e pelo seu risco previsível, que refoge ao risco inerente a qualquer atividade financeira. Inconstitucionalidade do tipo penal afastada (...)

(ACR 9641, Rel. Des.Fed. Sylvia Steiner, DJ 22.07.2002)

Demonstrados a lesão ou riscos potenciais ao Sistema Financeiro Nacional, atentando-se contra a higidez, confiabilidade e seu equilíbrio, mantenho a condenação de José Duran e Salvador Garcia Lopes, como incursos no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Materialidade

Embora não tenha sido objeto de recurso das partes, encontra-se fundada na farta documentação trazida pela Auditoria realizada pelo BANESPA, acostada aos autos apensos que, além de ter apurado as condutas, contabilizou o prejuízo sofrido pelo Banco.

Além disso, o cotejo das cópias dos contratos sociais trazidos nos autos principais, os quais permitem avaliar a composição societária e financeira de parte das empresas envolvidas, também fornecem a certeza da materialidade.

Dosimetria da pena

Ali Kaleb Hussein

Na primeira fase, o Juízo considerando as graves consequências do crime, o montante objeto da fraude, no caso deste réu totalizando mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), elevou escorreitamente a pena base em 09 (nove) meses acima do mínimo legal.

Inexistentes agravantes ou atenuantes, na última fase, exasperou em 1/5, diante do art. 71, do Código Penal, em razão de terem sido três condutas praticadas em circunstâncias semelhantes de lugar, tempo e modo de execução, totalizando 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias multa, cada qual em 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato.

Para melhor fundamentar, trago à colação excerto da sentença, que não merece reparos, e que adoto como razão de decidir:

- Ali Kaleb Hussein

Atento aos ditames do art. 59 do CP, verifico que o réu não apresenta maus antecedentes. Quanto às consequências do crime, considero a magnitude da lesão causada, num montante originário de R\$ 387.500,00 no primeiro desconto, R\$ 360.000,00 no segundo e R\$ 880.000,00 no empréstimo.

As circunstâncias do crime são graves, visto que se trata de fraude mediante falso ideológico em face de instituição financeira, aproveitando-se da temeridade dos gerentes então responsáveis pela concessão de créditos.

Nessa medida, não havendo outras circunstâncias judiciais relevantes em concreto, fixo a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, em 01 ano e 09 meses de reclusão, para cada crime.

Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, na terceira etapa, incide a causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), já que os delitos são de mesma espécie e foram praticados em curto período de tempo, no mesmo lugar e do mesmo modo de execução, pelo que aumento a pena em 1/5, tendo em vista a reiteração criminosa por três vezes, fixando-a em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão.

O preceito secundário do artigo 171, *caput*, do Estatuto Repressivo, comina também a pena de multa. Dessa forma, obedecendo aos parâmetros dos artigos 49, 59 e 60 do CP, fixo a pena de multa base em 75 (sessenta e cinco) dias-multa, utilizando a proporcionalidade entre os limites máximo e mínimo da pena privativa de liberdade e da pena de multa, considerada a pena-base fixada em concreto.

Aplicando a causa de aumento do art. 71 do CP, a pena de multa em definitivo é de 90

(noventa) dias-multa.

Fixo o valor de cada dia-multa, considerando a situação econômica do réu, em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à data do fato, valor corrigido monetariamente desde então. O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, em atenção ao a 1º, “c”, § 2º “c” e § 3º do CP.

Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (arts. 59, IV, 44, I, § 2º, 43, CP, com a alteração da Lei nº 9.714/98). A condenação não é superior a quatro anos e o crime doloso não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. Substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos. Dentre as penas restritivas, aplico as penas de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo vigente à data do pagamento, a ser paga à instituição financeira lesada, e de prestação de serviço à comunidade, em instituição a ser determinada pelo juiz da execução (art. 43, incisos I e IV, e 45, § 1º, do CP).

Por fim, reconheço ao réu o direito de apelar em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, prescritos no art. 312 do CPP. (...) (fls. 1.595v/1596)

José Duran Ferreira e Salvador Garcia Lopes

Estes dois réus foram condenados em primeiro grau como incurso no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, condenação essa que se manteve pelos termos já delineados.

Na fixação da pena base de ambos, o juízo *a quo* entendeu por bem exasperar a pena mínima do preceito secundário porque considerou que a culpabilidade de ambos merecia maior apenamento, posto que eram funcionários antigos e experientes do banco que geraram prejuízo em torno de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Para José Duran, a pena, que se tornou final (à míngua de atenuantes, agravantes, causa de aumento ou de diminuição de pena), restou fixada em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa, cada um em 01 (um) salário mínimo vigente à data do fato; por sua vez, para Salvador, que não participou de todas as operações financeiras imputadas a José Duran, a pena restou fixada em 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 77 (setenta e sete) dias-multa, cada qual em 01 (um) salário mínimo vigente na data dos fatos.

Importante lembrar que, ao final, as operações imputadas aos dois gerentes geraram o prejuízo estimado, em 05/1995, de R\$ 3.889.290,00 (três milhões, oitocentos e oitenta e nove mil e duzentos e noventa reais) ao Banco Banespa.

A justificativa para a exasperação das penas encontra supedâneo nos autos, na correta avaliação da prova e da análise subjetiva do crime e suas repercussões. Diante dos elementos apontados, entendo não justificar maior reprimenda que aquela imposta pelo juízo monocrático ou, quiçá, sua redução.

Com bastante propriedade, a fundamentação é irretorquível, razão pela qual a colaciono, nos termos que seguem:

(...)

- José Duran Ferreira

Comprovados os fatos e a autoria do crime do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, passo a individualizar a pena do acusado, conforme o disposto no art. 68 do CP.

Atento aos ditames do art. 59 do CP, verifico que o réu não apresenta maus antecedentes, assim considerados, em atenção ao princípio do estado de inocência, como decisões transitadas

em julgado não configuradoras de reincidência (AgRg no REsp 950.568/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 22/09/2009, DI e 19/10/2009, entre outros no mesmo sentido). Assim, não podem ser considerados em desfavor do réu o inquérito policial nº 227/96, do qual não consta encerramento, e o inquérito arquivado nº 11290/96, fl. 731. A culpabilidade recomenda agravamento da reprimenda, visto que o réu tinha mais de uma década de experiência em atividade bancária, estando, portanto, plenamente ciente das consequências de seus atos.

Quanto às consequências do crime, considero a magnitude da lesão causada, num montante originário de mais de três milhões de reais, em cerca de três meses de gestão, dando margem, ainda, à prática de estelionato pelo réu Ali.

Nessa medida, não havendo outras circunstâncias judiciais relevantes, fixo a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, em 03 anos e 06 meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, tampouco causas de aumento e diminuição. O preceito secundário do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 4.792/86, comi na também a pena de multa. Dessa forma, obedecendo aos parâmetros dos artigos 49, 59 e 60 do CP, fixo a pena de multa base em 97 (noventa e sete) dias-multa, utilizando a proporcionalidade entre os limites máximo e mínimo da pena privativa de liberdade e da pena de multa, considerada a pena-base fixada em concreto.

Fixo o valor de cada dia-multa, considerando a situação econômica do réu, dado seu histórico profissional, profissão declarada em interrogatório e que no BANESP A percebia remuneração superior à de Salvador, em um salário-mínimo vigente à data do fato, valor corrigido monetariamente desde então.

O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, em atenção ao art. 33, § 1º, “c”, § 2º “c” e § 3º do CP.

Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (arts. 59, IV, 44, I, § 2º, 43, CP, com a alteração da Lei nº 9.714/98). A condenação não é superior a quatro anos e o crime doloso não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. Substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos. Dentre as penas restritivas, aplico as penas de prestação pecuniária, no valor de 25 (vinte e cinco) vezes o salário mínimo vigente à data do pagamento, a ser paga à instituição financeira lesada, e de prestação de serviço à comunidade, em instituição a ser determinada pelo juiz da execução (art. 43, incisos I e IV, e 45, § 1º, do CP).

Por fim, reconheço ao réu o direito de apelar em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, prescritos no art. 312 do CPP.

- Salvador Garcia Lopes

Comprovados os fatos e a autoria do crime do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, passo a individualizar a pena do acusado, conforme o disposto no art. 68 do CP.

Atento aos ditames do art. 59 do CP, verifico que o réu não apresenta maus antecedentes, assim considerados, em atenção ao princípio do estado de inocência, como decisões transitadas em julgado não configuradoras de reincidência (AgRg no REsp 950.568/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 22/09/2009, DJe 1911012009, entre outros no mesmo sentido). Assim, não pode ser considerado em desfavor do réu o inquérito policial nº 227/96, do qual não consta encerramento, fl. 730.

A culpabilidade recomenda agravamento da reprimenda, visto que o réu tinha mais de duas décadas de experiência em atividade bancária, além de já ter sido por duas vezes repreendido por inobservância de cautelas normativas na concessão de créditos, tendo, dessa forma, plena consciência das consequências de seus atos, sem deixar de considerar, porém, sua subordinação funcional ao corréu José Duran.

Quanto às consequências do crime, considero a magnitude da lesão causada, num montante originário de mais de três milhões de reais, em cerca de três meses de gestão, dando margem,

ainda, à prática de estelionato pelo réu Ali, sem desconsiderar que não participou de três operações financeiras imputáveis apenas ao corréu José Duran.

Nessa medida, não havendo outras circunstâncias judiciais relevantes, fi pena-base em patamar superior ao mínimo legal, em 03 anos e 02 meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, tampouco causas de aumento e diminuição. O preceito secundário do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 4.792/86, comina também a pena de multa. Dessa forma, obedecendo aos parâmetros dos artigos 49, 59 e 60 do CP, fixo a pena de multa base em 77 (setenta e sete) dias-multa, utilizando a proporcionalidade entre os limites máximo e mínimo da pena privativa de liberdade e da pena de multa, considerada a pena-base fixada em concreto.

Fixo o valor de cada dia-multa, considerando a situação econômica do réu, dado seu histórico profissional, profissão declarada em interrogatório e declaração de IR de fl. 368, em um salário-mínimo vigente à data do fato, valor corrigido monetariamente desde então.

O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, em atenção ao art. 33, § 1º, “c”, § 2º “c” e § 3º do CP.

Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (arts. 59, IV, 44, I, § 2º 43, CP, com a alteração da Lei nº 9.714/98). A condenação não é superior a quatro anos e o crime doloso não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa. Substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos. Dentre as penas restritivas, aplico as penas de prestação pecuniária, no valor de 25 (vinte e cinco) vezes o salário mínimo vigente data do pagamento, a ser paga à instituição financeira lesada, e de prestação de serviço à comunidade, em instituição a ser determinada pelo juiz da execução (art. 43, incisos I e IV, e 45, § 1º, do CP).

Por fim, reconheço ao réu o direito de apelar em liberdade, tendo em vista que respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, prescritos no art. 312 do CPP. (fls. 1.596v/1.598)

Ante o exposto, nego provimento aos recursos, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL

0006565-95.2007.4.03.6181

(2007.61.81.006565-0)

Apelante: RICARDO CIMINI

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Ré Absolvida: MARIA AMÁLIA COSTA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: ACr 45787

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS. REPARTIÇÃO FEDERAL COMPETENTE. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. PROVIMENTO. ABSOLVIÇÃO.

1. A defesa não apontou qualquer descompasso entre o teor dos documentos redigidos pelo UNICORP BANK & TRUST LTDA. em língua inglesa e o conteúdo das respectivas traduções. Por consequência, não havendo demonstração de prejuízo às partes, não se cogita de decretação de nulidade, em conformidade com o disposto no art. 563 do CPP. Rejeição da preliminar de violação ao disposto no art. 236 do CPP e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Não há dúvida de que a manutenção de valores não declarados à repartição competente em conta bancária no exterior, tal como descreve a denúncia, é conduta que se amolda, em tese, ao crime imputado. Trata-se de infração penal destinada ao controle de divisas em território nacional e à boa execução da política econômica do governo, de forma que não se confunde com os tipos penais previstos na Lei 8.137/90, em que se tutela a arrecadação tributária, exigindo, para tanto, a demonstração do ânimo de redução ou supressão de tributo. Rejeição da preliminar de incompetência absoluta da Vara especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional.

3. Seja o BACEN ou a Receita Federal o órgão ao qual se deve prestar declaração de depósitos mantidos em contas bancárias no exterior, segundo o tipo penal do art. 22, § único, da Lei 7.492/86, é certo que deve ser comunicada apenas a posição financeira referente à data de 31 de dezembro de cada ano, haja vista que esta obrigação se subordina às regras da declaração anual de ajuste do Imposto de Renda, no que concerne ao Fisco, e ao teor da Circular nº 3.071, de 07 de dezembro de 2001, do Banco Central, no que interessa a esta autarquia especial. Precedente do TRF da 4ª Região.

4. Na hipótese em apreço, embora seja certo que o acusado não declarou ao Fisco a existência de saldos relativos às contas mencionadas na denúncia (fls. 109/134), observe-se que não há qualquer prova de que o acusado tenha mantido em depósito valores que obrigariam tal declaração, seja à Receita Federal ou ao BACEN, no último dia de cada ano do período indicado na denúncia, porquanto não constam dos autos os extratos bancários referentes especificamente a essas datas.

5. Apesar de os documentos atestarem significativa movimentação financeira nas contas mencionadas em outros períodos desses anos, descabe ao julgador firmar a presunção de que a posição financeira dessas contas bancárias permaneceu em tais patamares nas datas-base que interessam à presente análise.
6. Ausência de prova da materialidade delitiva.
7. Apelação da defesa provida. Absolvição, nos termos do art. 386, II, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento* à apelação interposta por RICARDO CIMINI para absolvê-lo da imputação do crime previsto no art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei 7.492/86, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de abril de 2013.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): *Descrição fática*: Consta da denúncia de fls. 164/166 (recebida em 05/08/2008- fl. 170) que, no período de 20/09/1998 a 05/04/2005, RICARDO e MARIA AMÁLIA COSTA mantiveram a conta corrente nº 0500085, denominada Cisne Branco, junto à instituição financeira UNICORP BANK & TRUST LTDA., sediada nas Ilhas Cayman, que, em 05/04/2005, foi cancelada, tendo sido o seu saldo dividido em duas partes iguais, as quais foram depositadas, no mesmo banco, nas contas “Solaris” (nº 651301) e “Gaivota do Céu” (nº 651300).

Tendo sido declarada quebra de sigilo fiscal dos denunciados, constatou-se que, de acordo com as declarações de imposto de renda dos anos-base 2001/2006, RICARDO não declarou a manutenção de conta no exterior.

Quanto à denunciada MARIA, consta dos autos que ele teria apresentado declaração retificadora no ano-base de 2006, incluindo a conta bancária no exterior. No entanto, quanto aos anos de 2001 a 2005, ela não teria declarado a conta corrente mantida em conjunto com o seu ex-marido.

Imputação: art. 22, § único, da Lei 7.492/86.

Sentença (fls. 451/458v): Publicada em 01/12/2010, a r. sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara Federal de São Paulo julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, a fim de:

a) Condenar RICARDO CIMINI, como incurso nas penas do art. 22, § único, da Lei 7.492/86, combinado com o art. 71, CP, à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime aberto, e 30 dias-multa, cada qual fixado no valor de um salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e; prestação pecuniária, mediante pagamento a entidade pública ou privada com destinação social, no valor equivalente a 70 (setenta) salários mínimos;

b) Absolver MARIA AMÁLIA COSTA, com fundamento no art. 386, VII, CPP, por não haver provas suficientes para a condenação.

Apelante - RICARDO CIMINI - (fls. 479/486): Preliminarmente, alega incompetência absoluta da 2ª Vara Federal Criminal especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro para julgar os fatos descritos na denúncia; e violação ao disposto no art. 236 do CPP e aos princípios do contraditório e à ampla defesa por não se saber quem realizou a tradução dos documentos escritos em língua estrangeira acostados aos autos. No mérito, requer absolvição por ausência de provas do tipo penal imputado, pois os fatos consubstanciam crime contra a ordem tributária e, subsidiariamente, que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal.

Contrarrazões do MPF apresentadas às fls. 490/495.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dra. Maria Iraneide Olinda S. Facchini - fls. 499/505v): Opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

De início, aprecio a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo apelante, em decorrência da falta de designação de tradutor juramentado ou de indicação do responsável pela tradução dos documentos redigidos em língua estrangeira que instruíram o procedimento investigatório criminal.

Não merece acolhimento a preliminar.

De se notar que os documentos de fls. 02/29 foram remetidos ao MPF pelo Juízo 4ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central de São Paulo da Justiça Estadual, após sua apresentação pelo próprio acusado na ação de exoneração de alimentos nº 583.00.2005.092004-6, proposta por ele em face da corré absolvida, a qual é sua ex-esposa. Desta forma, é despropositada a alegação de violação ao contraditório e à ampla defesa.

Tendo em vista que se trata de prova emprestada daqueles autos, não consta a informação sobre o responsável pela tradução dos referidos documentos, de modo que não se pode afirmar se houve ou não afronta ao disposto no art. 236 do CPP.

De todo modo, impende frisar que a defesa não apontou qualquer descompasso entre o teor dos documentos redigidos pelo UNICORP BANK & TRUST LTDA. em língua inglesa e o conteúdo das respectivas traduções. Por consequência, não havendo demonstração de prejuízo às partes, não se cogita de decretação de nulidade, em conformidade com o disposto no art. 563 do CPP.

Melhor sorte não lhe sucede quanto à preliminar de incompetência absoluta da 2ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores da Subseção Judiciária de São Paulo. Nesse ponto, alega o recorrente que a exordial veicula a imputação de fatos que consubstanciam crime contra a ordem tributária e que, equivocadamente, foram tipificados pelo *parquet* como o delito contra o Sistema Financeiro Nacional insculpido no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Sem razão o apelante.

Não há dúvida de que a manutenção de valores não declarados à repartição competente em conta bancária no exterior, tal como descreve a denúncia, é conduta que se amolda, em tese, ao crime imputado. Trata-se de infração penal destinada ao controle de divisas em território nacional e à boa execução da política econômica do governo, de forma que não se confunde com os tipos penais previstos na Lei 8.137/90, em que se tutela a arrecadação tributária, exigindo, para tanto, a demonstração do ânimo de redução ou supressão de tributo.

Adentro ao exame do mérito.

O juízo *a quo* entendeu comprovada a materialidade delitiva pelos seguintes fundamentos:

Os documentos constantes no apenso demonstram a existência de conta bancária no Unicorp Bank & Trust Ltd., denominada Cisne Branco, aberta em 20 de setembro de 1998 e encerrada em 05 de abril de 2005 (fls. 03/05 e 18/20). As fichas de abertura e dos demais documentos cadastrais das aludidas contas foram assinados pelos acusados (fls. 03, 06, 12, 15, 18, 22 e 26). Consta, ainda, a transferência de metade dos recursos (US\$ 716.065,40) para uma conta individual, de titularidade de Roberto Cimini, denominada Solaris (fls. 15/16).

Destarte, nas datas-base mencionadas, havia na referida conta saldo superior ao equivalente a R\$ 140,00, o que acarretou o dever de informar o Fisco acerca da existência do depósito. Por outro lado, das declarações anuais de ajuste dos acusados, entregues de 2000 a 2005, não consta a existência dos depósitos em tela.

Destarte, os fatos objeto deste processo configuram a figura típica prevista no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. - fls. 454v/455

Com a devida vênia aos fundamentos expostos na decisão recorrida, não alcanço a mesma conclusão ao cotejar os elementos coligidos ao longo da instrução processual.

Dispõe o art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, que:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Por óbvio, depende a tipificação da última figura desta norma penal incriminatória que exista prova da manutenção do depósito no exterior e da sua não declaração à autoridade competente.

É cediço que existe controvérsia quanto à interpretação de qual seria a “repartição federal competente” a que se refere o tipo penal.

São conhecidas na doutrina e na jurisprudência distintas correntes sobre o tema: a) de que esta menção é exclusiva ao BACEN (TRF1, RSE 200738000081899, I'talo Fioravanti Sabo Mendes, 4ª Turma, 27/07/2010); b) de que o destinatário da declaração deve ser apenas a Receita Federal (Rodolfo Tigre Maia *in Dos crimes contra o sistema financeiro nacional* - São Paulo : Malheiros, 1996, p. 139); c) e de que se há o dever de comunicação da existência destes depósitos a ambos órgãos (TRF4, AC 960608940-4, Néfi Cordeiro, 7ª Turma, 22/09/2009).

Em qualquer das hipóteses cogitadas, no entanto, é certo que deve ser comunicada apenas a posição financeira referente à data de 31 de dezembro de cada ano, haja vista que esta obrigação se subordina às regras da declaração anual de ajuste do Imposto de Renda, no

que concerne ao Fisco, e ao teor da Circular nº 3.071, de 07 de dezembro de 2001, do Banco Central, no que interessa a esta autarquia especial.

É o que se extrai do acórdão, que ora trago à colação, da colenda Oitava Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja inteligência se mostra adequada ao presente caso:

HABEAS CORPUS. TRACAMENTO DE AÇÃO PENAL. ARTIGO 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITO NO EXTERIOR SEM DECLARAÇÃO.

1 - O só fato de abrir conta no exterior e mantê-la não configura o tipo penal da parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/86, sendo indispensável para tipificação da conduta o depósito e a sua não declaração ao órgão competente, seja Banco Central do Brasil ou Receita Federal.

2 - Para configuração do delito de “manutenção de depósito no exterior” mostra-se imprescindível, segundo o atual regramento, a posição que a pessoa física detinha em 31 de dezembro do ano de referência. Se o paciente manteve depósito durante o ano mas ao seu final efetuou saque e deixou a conta “zerada” ou o saldo remanescente é inferior ao valor obrigatório de declaração, não há ilícito.

3 - Ordem de *habeas corpus* concedida.

(TRF4, Oitava Turma, HC 2006.04.00.013111-0, Relator Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, DJ 23/08/2006)

Assim discorre o relator do mencionado aresto no seu voto:

Mas em que oportunidade deve ser efetuada a declaração? Ainda que consideremos que deva ser dirigida à autoridade fiscal (Secretaria da Receita Federal), então o momento adequado é o da declaração anual de ajuste do imposto sobre a renda, ou seja, até a data limite da entrega referente à posição de 31 de dezembro do ano-base, consoante dispõe o respectivo regulamento, editado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

Art. 798. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano (Lei nº 9.250, de 1995, art. 25). § 1º Devem ser declarados (Lei nº 9.250, de 1995, art. 25, § 1º):

I - os bens imóveis, os veículos automotores, as embarcações e as aeronaves, independentemente do valor de aquisição;

II - os demais bens móveis, tais como antigüidades, obras de arte, objetos de uso pessoal e utensílios, cujo valor de aquisição unitário seja igual ou superior a cinco mil reais;

III - os saldos de aplicações financeiras e de conta corrente bancária cujo valor individual, em 31 de dezembro do ano-calendário, exceda a cento e quarenta reais; (...)

Art. 804. *Os saldos dos depósitos em moeda estrangeira*, mantidos em bancos no exterior, devem ser relacionados com a indicação da quantidade da referida moeda, convertidos em Reais com base na taxa de câmbio informada pelo Banco Central do Brasil para compra, em vigor na data de cada depósito (Lei nº 9.250, de 1995, art. 25, § 4º e Medida Provisória nº 1.753-16, de 1999, art. 12).

Caso seja entendido, assim como concluem os impetrantes, que deva ser declarado ao Banco Central do Brasil, porquanto se trata de delito que atenta contra a política cambial, impõe-se observar o que dispõe a Circular nº 3.071, de 07 de dezembro de 2001, da citada autarquia que, autorizada pelo Conselho Monetário Nacional (Resolução nº 2.911/01), estabeleceu forma, limites e condições de declaração de bens e de valores detidos no exterior por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil:

Art. 1º. Estabelecer que as pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede

no País, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda, e os bens e direitos detidos fora do território nacional, por meio de declaração na forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet, endereço - www.bcb.gov.br - Capitais Brasileiros no Exterior, a partir de 2 de janeiro de 2002.

Art. 2º. As informações solicitadas estão relacionadas às modalidades abaixo indicadas, podendo ser agrupadas quando foram coincidentes o país, a moeda, o tipo e a característica do ativo:

I - depósito no exterior;

II - empréstimo em moeda;

III - financiamento;

IV - leasing e arrendamento financeiro;

V - investimento direto;

VI - investimento em portfólio;

VII - aplicação em derivativos de financeiros; e

VIII - outros investimentos, incluindo imóveis e outros bens.

Art. 3º. As informações referentes ao ano de 2001, com data-base em 31 de dezembro, devem ser prestadas no período de 2 de janeiro a 31 de março de 2002.

Art. 4º. Os detentores de ativos cujo total, em 31 de dezembro de 2001, seja inferior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ficam dispensados de prestar a declaração de que trata esta Circular.

Assim, deva a declaração ser prestada ao Banco Central ou à Receita Federal, num ou noutro caso o que interessa é a posição da conta que a pessoa física detinha em 31 de dezembro e é esta a data na qual a denúncia, para ter aptidão, deve se fixar. Ainda que o paciente tenha mantido algum saldo durante o ano, não se estando a tratar da ilegalidade das remessas e havendo a possibilidade de ao final do exercício ter efetuado saques e deixado a conta “zerada” ou mesmo a hipótese de o saldo remanescente ser inferior ao valor obrigatório de declaração, não há falar em ilícito penal pelo tão-só fato de terem sido comprovados três depósitos nos meses de maio, junho e julho de 2001.

Na hipótese em apreço, embora seja certo que o acusado não declarou ao Fisco a existência de saldos relativos às contas mencionadas na denúncia (fls. 109/134), observo que não há qualquer prova de que o acusado tenha mantido em depósito valores que obrigariam tal declaração, seja à Receita Federal ou ao BACEN, no último dia de cada ano do período indicado na denúncia, porquanto não constam dos autos os extratos bancários referentes especificamente a essas datas.

Apesar de os documentos atestarem significativa movimentação financeira nas contas mencionadas em outros períodos desses anos, descabe ao julgador firmar a presunção de que a posição financeira dessas contas bancárias permaneceu em tais patamares nas datas-base que interessam à presente análise.

Nesta linha, já decidiu a colenda Sétima Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS. ATIPICIDADE. REPARTIÇÃO FEDERAL COMPETENTE. BACEN. 1. O dever de informar ao fisco federal sobre a existência de contas bancárias no exterior, após a Circular 3.071/2001 do BC, não está tipificado no artigo 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86, mas apenas e tão somente na Lei 8.137/90, cuja configuração delitiva pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos da Súmula 78 deste Regional. Precedente unânime da Quarta Seção deste Regional (EACR nº 2004.70.00.002027-4, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum

Vaz, unânime, j. 20-08-2009, D.E. 01-09-2009). 2. É atípica a manutenção de depósitos no exterior sem declaração à repartição federal competente, capitulada na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, quando os valores mantidos em instituição financeira alienígena estiverem abaixo da quantia que o Banco Central do Brasil dispensa a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (2001: R\$ 200.000,00, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.110, de 15-04-2002; 2002: R\$ 300.000,00, de acordo com o art. 3º da Circular nº 3.181, de 06-03-2003 e, desde 2003, US\$ 100.000,00, conforme as Circulares nºs 3.225, de 12-02-2004, 3.278, de 23-02-2005, 3.345, de 16-03-2007, 3.384, de 07-05-2008 e 3.342, de 03-03-2009). 3. Ordem concedida apenas para trancar a ação penal nº 2006.71.00.050823-3/RS quanto ao crime do artigo 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei 7.492/86. (TRF4, Sétima Turma, HC 200904000259527, Relator Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, DJ 30/09/2009)

Deste modo, não se verifica comprovada a materialidade do ilícito penal imputado, impondo-se a reforma do decreto condenatório.

Diante do exposto, *dou provimento* à apelação interposta por RICARDO CIMINI para absolvê-lo da imputação do crime previsto no art. 22, parágrafo único, última figura, da Lei 7.492/86, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003308-86.2008.4.03.6000
(2008.60.00.003308-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E MIREYA ROCA GUASASE (ré presa)
Apeladas: AS MESMAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: ACr 34009
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2013

EMENTA

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA QUE AFASTOU A TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PARA A CONDENAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE RECONHECIDA EM SEDE RECURSAL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO: NÃO INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE.

1. Apelações da Acusação e da Defesa contra sentença que condenou a ré à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, como incursa nos artigos 33 e 40, III, da Lei 11.343/2006.
2. A competência para processar e julgar o crime de tráfico de drogas interno é da Justiça Estadual. Apenas quando o tráfico for internacional, firma-se a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal. Ao afastar a transnacionalidade do tráfico de drogas, o MM. Juiz Federal de primeiro grau, por via de consequência, reconheceu a própria incompetência para prosseguir no julgamento do feito. Dessa forma, seria de rigor a anulação da sentença na parte em que condenou a ré, pois prolatada por juiz absolutamente incompetente, mantendo-se válida tão somente a parte da sentença que afastou a internacionalidade do crime de tráfico. Precedentes.
3. No caso dos autos, há uma particularidade: a interposição de recurso do Ministério Público Federal, pleiteando o reconhecimento da internacionalidade. Dúvida não há sobre a competência deste Tribunal para o julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença, proferida por Juiz Federal, que afasta a transnacionalidade do delito. Cabe a este Tribunal examinar a questão da ocorrência ou não da internacionalidade: não reconhecida esta, cabe determinar a remessa do feito à Justiça Estadual; se reconhecida a internacionalidade do tráfico, não há que se falar em nulidade da sentença condenatória - dado que proferida por Juiz que o Tribunal reconhece como absolutamente competente.
4. É de se concluir que a ré ingeriu as cápsulas contendo cocaína ainda na Bolívia, e dessa forma ingressou no Brasil, restando caracterizada a transnacionalidade do tráfico.

5. O artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece expressamente que, no crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Precedentes. Razoável a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida.
6. A utilização de transporte público com a única finalidade de levar a droga ao destino, de forma oculta, sem o intuito de disseminá-lo entre os passageiros ou frequentadores do local, não implica na incidência da causa de aumento de pena do inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006. A norma pretender reprimir com mais rigor a própria mercancia realizada em locais de maior aglomeração de pessoas, ou em que estas estejam em situação de maior vulnerabilidade.
7. O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 não deve ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas “mulas” do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.
8. 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.
9. 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.
10. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das vedações à substituição constantes da Lei 11.343/2006. Contudo, a ré não faz jus à substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito do inciso I do artigo 44 do Código Penal.
11. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia o regime inicial fechado para cumprimento da pena para os condenados por crime de tráfico de drogas. No caso dos autos, o entendimento pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal firmado pelo STF, não beneficia a ré.
12. Apesar de o regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo estabelece que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Precedentes. Foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, em relação às consequências do crime, fixando-se a pena-base em patamar superior ao mínimo legal. Dessa forma, cabível o estabelecimento do regime inicial fechado.
13. Apelo da Acusação provido. Apelo da Defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento* à apelação do Ministério Público Federal para reconhecer a transnacionalidade do tráfico e, por maioria, *dar parcial provimento* à apelação da ré para reduzir a pena-base e afastar a causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto do Juiz Federal Convocado Nelson Porfírio, sendo que o Desembargador Federal José Lunardelli o fazia em maior extensão para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, e fixava a pena em 04 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 486 dias-multa, ficando vencido neste ponto; e por unanimidade, determinar a comunicação ao Juízo das Execuções Penais e ao Ministério da Justiça.

São Paulo, 10 de setembro de 2013.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O Ministério Público Federal denunciou, em 24/04/2008, MIREYA ROCA GUASASE, qualificada nos autos, boliviana, nascida aos 24/03/1976, dando-a como incurso nos artigos 33 e 40, I e III, da Lei 11.343/2006. Consta da denúncia:

- ... 1. Infere-se do incluso inquérito policial que MIREYA ROCA GUASASE foi surpreendida por Policiais Rodoviários Federais quando guardava e trazia consigo, em veículo de transporte público, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de seu ato, em desacordo com determinação legal e regulamentar, 990 g (novecentos e noventa gramas) de substância entorpecente vulgarmente conhecida como cocaína, de procedência estrangeira, ocasião em que foi presa em flagrante.
2. Consta do apuratório que, no dia 07 de março de 2008, por volta das 17:30h, em fiscalização de rotina realizada no ônibus da viação Andorinha, prefixo 5190, que realizava o trajeto Corumbá/MS - Campo Grande/MS, policiais rodoviários federais que se encontravam no posto policial Guaicurus, situado no Km 600 da BR 262, procederam à verificação da bagagem dos passageiros que ali se encontravam, incluindo a denunciada.
3. No momento da abordagem a ora denunciada demonstrou certo nervosismo, razão pela qual foi indagada acerca dos motivos da viagem que realizava, não apresentando respostas coerentes, tendo então sido conduzida para fora do ônibus para execução de busca pessoal.
4. Por ocasião de sua revista, os policiais verificaram que as palmilhas de seu calçado apresentavam espessura incomum, tendo sido encontrada, dentro de tais palmilhas, substância cuja perícia indicou tratar-se de cocaína.
5. Ao ser conduzida à Polícia Federal, MIREYA informou estar transportando cápsulas contendo mais do mencionado entorpecente, sendo encaminhada para estabelecimento médico em Miranda/MS, para supervisão e acompanhamento da evacuação das referidas cápsulas, o que somente foi concluído em 11 de março deste ano.
6. A denunciada confessou a prática ilícita, tendo narrado que recebeu a droga de pessoa que conhece como MARTA SANTOS, que lhe ofereceu R\$ 400,00 (quatrocentos reais) pelo transporte, informando ainda que as cápsulas teriam sido ingeridas em região de chácaras

próxima a Corumbá/MS.

7. No entanto, é de se confirmar a procedência estrangeira da substância, tanto pelo fato de não ser produzida no Brasil, além de a versão apresentada pela denunciada apresentar contradições, pois mesmo alegando ter supostamente entrado em território nacional (sem comprovação do ingresso) para receber a droga, informa ter dormido, no mesmo dia, em pousada em Porto Quijarro/BO, mesmo possuindo irmã residente em Corumbá/MS ...

A denúncia foi recebida em 21/05/2008 (fls. 96/97).

Sobreveio sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Dalton Igor Kita Conrado, publicada em 25/07/2008 (fl. 177), que *condenou* a ré à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias multa, no valor mínimo legal, como incursa nos artigos 33 e 40, III, da Lei 11.343/2006.

O Ministério Público Federal apela, requerendo a aplicação da causa de aumento referente à internacionalidade (fls. 188/197).

Contrarrazões da Defesa (fls. 200/204).

A Defesa apela (fls. 205/214), requerendo a fixação da pena base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como a não aplicação da causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343/2006.

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 217/226).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Ana Lúcia Amaral, opina pelo reconhecimento da incompetência da Justiça Federal com a remessa dos autos à Justiça Estadual e, subsidiariamente, pelo desprovimento do recurso da Acusação e pelo parcial provimento do recurso da Defesa para reconhecer a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (fls. 229/239).

Foi expedida guia de recolhimento provisório (fls. 273/274).

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

DA APELAÇÃO DO MPF

Inicialmente, observo que a denúncia imputou à ré a prática do crime de tráfico transnacional de drogas, tipificado no artigo 33, c.c. o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, apontando, no particular:

... 7. No entanto, é de se confirmar a procedência estrangeira da substância, tanto pelo fato de não ser produzida no Brasil, além de a versão apresentada pela denunciada apresentar contradições, pois mesmo alegando ter supostamente entrado em território nacional (sem comprovação do ingresso) para receber a droga, informa ter dormido, no mesmo dia, em pousada em Porto Quijarro/BO, mesmo possuindo irmã residente em Corumbá/MS ...

A competência para processar e julgar o crime de tráfico de drogas interno é da Justiça Estadual. Apenas quando o tráfico for internacional, firma-se a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal.

Dessa forma, tendo a ré sido denunciada por crime de tráfico internacional de drogas, a competência para o processamento da ação penal era mesmo da Justiça Federal.

Contudo, ao sentenciar o feito, o MM. Juiz *a quo* entendeu não estar caracterizada a transnacionalidade do delito, mas apenas o transporte interestadual da droga, por meio de transporte público, razão pela qual condenou a acusada pela prática do crime do artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 (fls. 167/176):

Tocante à transnacionalidade, prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, assiste razão à Defesa, visto que não há prova produzida, no curso da instrução criminal, pois a testemunha José Roberto, depoimento acima transcrito, afirmou que a ré lhe disse que recebeu a droga em Corumbá, e a outra testemunha, Thiago, depoimento supra, não sabia onde a acusada recebeu a droga.

Ao afastar a transnacionalidade do tráfico de drogas, o MM. Juiz Federal de primeiro grau, por via de consequência, reconheceu a própria incompetência para prosseguir no julgamento do feito.

O Juízo singular dispunha de competência para decidir se o tráfico era internacional ou não e, portanto, esta parte do *decisum* é válida. Contudo, uma vez afastada a internacionalidade, caber-lhe-ia apenas declinar da competência em favor da Justiça Estadual.

Dessa forma, seria de rigor a anulação da sentença na parte em que condenou a ré, pois prolatada por juiz absolutamente incompetente, mantendo-se válida tão somente a parte da sentença que afastou a internacionalidade do crime de tráfico. Nesse sentido situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVA DE COMPETÊNCIA. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE DO ART. 18, INCISO I, DA LEI Nº 6.368/76. NÃO-APLICAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Hipótese em que, na fase inicial da persecução criminal, havia elementos indiciários que apontavam para a internacionalidade do tráfico de drogas, razão pela qual, acertadamente, o feito foi processado perante a Justiça Federal. 2. No entanto, exaurida a fase instrutória, o Juízo Federal, diante da ausência de provas da denunciada internacionalidade, deu-se por incompetente, remetendo os autos para a Justiça Comum Estadual, sem que o Ministério Público Federal oficiante oferecesse recurso. 3. Escorreita a decisão, uma vez que a competência em razão da matéria é absoluta e, portanto, improrrogável, motivo pelo qual eventual sentença condenatória por tráfico de drogas interno proferida por Juiz Federal seria nula de pleno direito. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. Mantida a declaração de competência do Juízo de Direito da 25.^a Vara Criminal do Foro Central de São Paulo/SP, a quem o feito, anulado *ab initio*, deve ser encaminhado, para que nova denúncia seja oferecida, restrita ao tráfico interno de drogas.

(STJ - 3.^a Seção - AgRg no CC 55479-SP - Rel. Min. Laurita Vaz - DJ 20.11.2006 p. 271)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TRÁFICO INTERNO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. INOCORRÊNCIA. OR-

DEM CONCEDIDA PARA DECLARAR A NULIDADE DO PROCESSO, DESDE SEU INÍCIO, COM REMESSA DO FEITO AO JUÍZO ESTADUAL CRIMINAL DA COMARCA DE FOZ DO IGUAÇU E COLOCAÇÃO DO PACIENTE EM LIBERDADE.

1. Processo que se iniciou perante a Justiça Federal, por ter entendido, a denúncia, se tratar de tráfico internacional de entorpecentes. Posterior pedido de declinação da competência não aceito pelo Juízo processante, que, ao final, condenou o paciente por tráfico interno. 2. Trata-se, *in casu*, de competência absoluta da Justiça Estadual, fixada pela Constituição Federal, tornando incabível a aplicação analógica do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, disciplinado no art. 81 do CPP. Existência de apenas um delito, inocorrência de hipóteses de conexão ou continência. 3. Ordem concedida para que seja declarada a nulidade do feito, desde seu início, com remessa imediata ao Juízo Estadual de Foz do Iguaçu (PR). Estando o paciente preso cautelarmente desde setembro de 2003, portanto, há mais de dois anos, determino seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. (STJ - 6ª Turma - HC 37581-PR - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJ 19.12.2005 p. 474)

Nesse mesmo sentido, aponto também precedente desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DENÚNCIA QUE IMPUTA A CONDUTA DE TRÁFICO TRANSNACIONAL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ FEDERAL QUE AFASTA A INTERNACIONALIDADE E CONDENA A RÉ POR TRÁFICO DOMÉSTICO. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA ANULADA EM PARTE. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Apelação interposta contra sentença que condenou a ré como incurso no artigo 33, c. c. o artigo 40, incisos III e V, da Lei nº 11.343/06, à pena de sete anos, quatro meses e vinte e seis dias de reclusão. 2. A denúncia imputou à ré a prática do crime de tráfico transnacional de drogas, tipificado no artigo 33, c. c. o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06. 3. A competência para processar e julgar o crime de tráfico de drogas interno é da Justiça Estadual. Apenas quando o tráfico for internacional, firma-se a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal. Dessa forma, tendo a ré sido denunciada por crime de tráfico internacional de drogas, a competência para o processamento da ação penal era mesmo da Justiça Federal. 4. Ao sentenciar o feito, o MM. Juiz *a quo* entendeu não estar caracterizada a transnacionalidade do delito, mas apenas o transporte interestadual da droga, por meio de transporte público, razão pela condenou a acusada pela prática do crime do artigo 33, *caput*, c. c. o artigo 40, inciso III e V, todos da Lei nº 11.343/06. O Ministério Público Federal não recorreu do não reconhecimento da transnacionalidade do delito. 5. Ao afastar a transnacionalidade do tráfico de drogas, o MM. Juiz Federal de primeiro grau, por via de consequência, reconheceu a própria incompetência para prosseguir no julgamento do feito. O Juízo singular dispunha de competência para decidir se o tráfico era internacional ou não, e portanto esta parte do *decisum* é válida. Contudo, uma vez afastada a internacionalidade, caberia-lhe apenas declinar da competência em favor da Justiça Estadual. Precedentes. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0003358-15.2008.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 18/11/2008, DJF3 DATA: 05/12/2008 PÁGINA: 290)

No caso dos autos, há uma particularidade: a interposição de recurso do Ministério Público Federal, pleiteando o reconhecimento da internacionalidade.

Dúvida não há sobre a competência deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região para o julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença, proferida por Juiz Federal,

que afasta a transnacionalidade do delito.

Dessa forma, cabe a este Tribunal examinar a questão da ocorrência ou não da internacionalidade: não reconhecida esta, cabe determinar a remessa do feito à Justiça Estadual. Por outro lado, se reconhecida a internacionalidade do tráfico, não há que se falar em nulidade da sentença condenatória - dado que proferida por Juiz que o Tribunal reconhece como absolutamente competente.

E, quanto à questão da internacionalidade, comporta provimento o recurso do Ministério Público Federal.

A despeito de a ré afirmar a todo momento que pegou a droga em Corumbá, o que se extrai das provas dos autos é que MIREYIA adentrou no Brasil já com a droga.

Com efeito, o entorpecente apreendido com a ré foi encontrado não somente nas palmilhas de seus sapatos, mas também em 33 cápsulas por ela ingeridas.

O documento de fls. 13 - formulário "CARTÃO DE ENTRADA/SAÍDA" apreendido em poder da ré prova que MIREYIA entrou no Brasil no mesmo dia em que foi surpreendida pela polícia, isto é, no dia 07/03/2008, data constante do carimbo apostado pelo controle de fronteira do Departamento de Polícia Federal.

Assim, considerando a forma de acondicionamento da droga, é absolutamente improvável que a ré tenha ingerido as cápsulas contendo cocaína no próprio dia em que entrou no Brasil e apanhou o ônibus em Corumbá com destino a Campo Grande, cujo horário de saída era 15 horas, consoante passagem à fl. 14.

Isso porque, a ingestão de cápsulas de cocaína não é um procedimento simples e rápido, mas sim complexo e demorado, que no mais das vezes pressupõe inclusive um período de jejum.

Portanto, é de se concluir que a ré ingeriu as cápsulas contendo cocaína ainda na Bolívia, e dessa forma ingressou no Brasil, restando caracterizada a transnacionalidade do tráfico, devendo a sentença ser reformada nesse ponto.

Assim, o recurso do MPF comporta provimento, para que seja reconhecida a internacionalidade. E, em sendo reconhecida a transnacionalidade do tráfico em sede recursal, passo à análise do recurso da defesa.

DA APELAÇÃO DA RÉ

Não obstante a ausência de insurgência, no apelo, em relação à *materialidade e autoria*, verifico que a materialidade delitiva restou comprovada pelos laudos periciais de fls. 18/19 e 36/39, e a autoria pelo interrogatório da acusada e dos depoimentos das testemunhas na fase judicial (fls. 120/124 e 146/147).

Quanto à pena-base, o MM. Juiz *a quo* fixou-a em 06 (seis) anos de reclusão, considerando desabonadora a natureza da droga (cocaína), o motivo do lucro fácil, a culpabilidade elevada pelo dolo intenso.

Observe que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece expressamente que, no crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Saliente-se que o objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade

da conduta empreendida e, conseqüentemente, a elevação da pena-base.

Nesse sentido situa-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS, 2 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06) ... PENA-BASE CORRETAMENTE FIXADA EM 6 ANOS. REDUÇÃO POR FORÇA DO ART. 40, I DA LEI 11.343/06 APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, DE ELEVADO PODER PSICOTRÓPICO (780 GRAMAS DE COCAÍNA) ... 2. A natureza da droga e a grande quantidade apreendida (cerca de 780 gramas de cocaína) têm função de extrema relevância quando do cotejo da individualização da pena, contribuindo fortemente na dosimetria da reprimenda, para uma adequada resposta social e no repúdio ainda maior da justiça criminal. Assim, devidamente justificadas a pena-base, fixada em 6 anos de reclusão, e a incidência no patamar mínimo do benefício previsto no art. 40, I da Lei 11.343/06 ...

(STJ, 5ª Turma, HC 145242, Rel. Min. Napolão Nunes Maia Filho, j. 19/08/2010, DJe 27/09/2010)

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MAJORAÇÃO DA PENA-BASE, À VISTA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA ... 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, dentro de 2 (dois) pacotes plásticos acondicionados em sua mala, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 3.020g (três mil e vinte gramas), de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar. 2. Majoração da pena-base atentando-se à significativa quantidade (mais de três quilos) e à natureza nefasta da droga apreendida (cocaína) ...

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00042638520074036119, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 29/11/2011, DJe 07/12/2011)

Do exame do caso concreto, é razoável a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Com efeito, a natureza (cocaína) e o montante da droga apreendida (900 gramas - peso líquido) se revela expressiva, capaz de servir a grande número de usuários e dependentes, a violar a saúde pública de maneira considerável. Ademais, a potencialidade lesiva inerente à natureza da droga apreendida também justifica a exasperação da pena-base.

Destarte, o aumento da pena-base encontra fundamentação compatível com o panorama fático e atende os preceitos legais esculpidos no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

Em relação à culpabilidade, o fato da ré ter agido com dolo determinado constitui circunstância ínsita ao tipo, dado que o tráfico somente constitui crime na modalidade dolosa. O motivo de lucro fácil integra-se ao tipo, porque a intenção de lucro é ínsita ao comportamento delituoso no crime de tráfico.

Nesse raciocínio, o apelo da ré comporta parcial provimento quanto ao ponto, para reduzir a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, observo que a sentença aplicou a circunstância atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a pena em 01 ano, que resta mantida, tal como aplicada na sentença, contudo reduzindo-se a pena ao mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase da dosimetria, o MM. Juiz a quo majorou a pena em 1/6 (um sexto) por conta da causa de aumento da pena do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006.

Quanto à causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343/2006 (*tráfico em transporte público*), entendo não configurada.

A utilização de transporte público com a única finalidade de levar a droga ao destino, de forma oculta, sem o intuito de disseminá-lo entre os passageiros ou frequentadores do local, não implica na incidência da referida causa de aumento de pena.

Com efeito, é de se entender que, ao prever a majorante, a norma pretender reprimir com mais rigor a própria mercancia realizada em locais de maior aglomeração de pessoas, ou em que estas estejam em situação de maior vulnerabilidade, tanto assim que relaciona, além dos transportes públicos, também estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, locais de trabalho coletivo, de recintos de espetáculos ou diversões, serviços de tratamento de dependentes, e unidades militares ou policiais.

Nesse sentido, aponto precedentes deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. PENA-BASE CORRETAMENTE APLICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. INTERNACIONALIDADE COMPROVADA. MAJORANTE CORRETAMENTE APLICADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º APLICADA NA HIPÓTESE CONCRETA. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE-CORRENTE DO USO DE TRANSPORTE PÚBLICO. RECURSOS DESPROVIDOS ...

IV - Não aplicação do inciso III, do art. 40, da Lei 11.343/06, pois apesar do uso de transporte público pelo réu, não foi utilizado como meio de disseminar a droga em seu interior.

VI - Recursos desprovidos.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 0011857-51.2009.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 15/02/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2011 PÁGINA: 222)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. ESTADO DE NECESSIDADE. PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. DELAÇÃO PREMIADA. TRANSNACIONALIDADE ...

- Aumento da pena pela utilização de transporte público que se desvela descabido por ausência de ofensa ao bem jurídico, considerado no elemento de reunião de pessoas, porquanto não estava a ré vendendo mas transportando a droga e por óbvio sem o menor alarde e sem maior perigo aos interesses penalmente protegidos ...

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR 0008318-11.2009.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 11/10/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/10/2010 PÁGINA: 303)

Por outro lado, como visto acima, a internacionalidade do delito está comprovada pelas circunstâncias fáticas constantes dos autos, restando evidenciada a introdução e transporte da droga em território nacional, justificando a aplicação da causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006.

Dessa forma, é de se ser majorada a pena no patamar de 1/6 (um sexto), resultando na pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Quanto à causa de diminuição de pena do traficante ocasional, observo que dispõe o artigo § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime

de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

Não me parece que o citado § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas “mulas” do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Se aquele que atua como “mula” desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na “associação criminosa”, muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é *contratado* por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, *integra* essa organização.

Acresce-se que não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal.

E, ainda que se entenda que o traficante que atue como “mula” não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam às atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, despende vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.

Nesse sentido aponto precedentes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

“Mula” e causa de diminuição de pena - 2

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que pretendida a aplicação, em favor de condenada por tráfico de entorpecentes pelo transporte de 951 g de cocaína, a causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. No caso, as instâncias de origem, embora tivessem reconhecido que a ré seria primária, com bons antecedentes e que não se dedicaria à atividade criminosa, concluíram que, de fato, ela integraria organização criminosa e, portanto, não teria jus à citada causa de diminuição - v. Informativo 618. Considerou-se que o tráfico internacional não existiria sem o transporte

da droga pelas chamadas “mulas”. O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a “mula”, de fato, integraria a organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição *sine qua non* para a narcotraficância internacional. Pressupunha, assim, que toda organização criminosa estruturar-se-ia a partir de divisão de tarefas que objetivasse um fim comum. Assim, inegável que esta tarefa de transporte estaria inserida nesse contexto como essencial. Além disso, asseverou que o legislador não teria intenção de dispensar tratamento menos rigoroso ao “traficante mula” ou, ainda, a outros com “participação de menor importância” e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se esse fosse o propósito, certamente consubstanciaria elemento do tipo. Ter-se-ia, então, um tipo penal derivado. Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que deferia a ordem. *HC 101265/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 10.4.2012. (HC-101265)* (STF - Informativo nº 661)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM AEROPORTO. “MULA”. DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. WRIT DENEGADO. 1. As circunstâncias do caso concreto - Paciente de nacionalidade estrangeira e que transportava 2.070 (dois mil e setenta) gramas de cocaína, abordada ao tentar embarcar para Lisboa - evidenciam sua dedicação a atividades criminosas. 2. Assim, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, o referido fato é circunstância que, de per si, impede a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. 3. *Habeas corpus* denegado. (STJ, 5ª Turma, HC 148148, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/11/2009, DJ 15/12/2009)

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS: ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I DA LEI 11.343/06: CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS “MULAS” DO TRÁFICO, AINDA QUE EVENTUAIS: INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. Embargos infringentes com pretensão à realização de novo julgamento, acolhendo-se, no que tange ao recurso da acusação, o voto vencido que aplicou, na dosimetria da pena do embargante, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas, a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 2. O embargante afirmou que fora contratado na Colômbia por uma pessoa que lhe propôs viajar com a droga para entregá-la na China, custeando sua viagem. Saiu da Colômbia e se dirigiu a Manaus onde recebeu a droga de outra pessoa, e receberia pelo serviço a quantia de quatro mil dólares. 3. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção “nem”, deduz-se que há diferença substancial entre “se dedicar a atividades criminosas” e “integrar uma organização criminosa”. Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas criminosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas. 4. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa, a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de “mula” de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício. 5. Embargos infringentes a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, 1ª Seção, EIFNU 0004043-82.2010.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 05/09/2011, DJe 30/05/2012)

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que a ré integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.

A expressiva quantidade da droga apreendida (990 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita; o fato de haver confessado que tinha sido contratada para transportar a droga mediante o pagamento de mil reais; a forma de acondicionamento da droga (nas palmilhas e em cápsulas); conforme relato em interrogatório judicial (fls. 122/123).

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se à atividades criminosas, a ré não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Assim, a pena resta definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) *dias-multa*, mantido o valor unitário mínimo.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito: o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 972556/RS, declarou a inconstitucionalidade das vedações à substituição constantes da Lei 11.343/2006 (STF, Pleno, HC 97256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 15/12/2010).

No caso dos autos, contudo, a ré não faz jus à substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito do inciso I do artigo 44 do Código Penal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observo que vinha sustentando entendimento no sentido de que o estabelecimento de regime inicial aberto ou semiaberto não se mostra compatível com a condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dada a equiparação do tráfico aos delitos hediondos.

E assim o fazia por entender que tanto o legislador constituinte (artigo 5º, inciso XLIII) quanto o legislador infraconstitucional (Lei nº 8.072/1990) dispensaram tratamento mais rigoroso na repressão ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo portanto lícito o estabelecimento de regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região: STF, 1ª Turma, RHC 108011/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/09/2011, DJe 30/09/2011; STF, 2ª Turma, HC 103011/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010; STF, 2ª Turma, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/05/2008, DJe 19/06/2008; STJ, 5ª Turma, HC 226379/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2012, DJe 08/05/2012; TRF 3ª Região, 1ª Turma, HC 0001433-97.2012.403.0000, Rel. Des.Fed. Johanson de Salvo, j. 06/03/2012, DJe 16/03/2012.

Contudo, não me é dado desconhecer que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia o regime inicial fechado para cumprimento da pena para os condenados por crime de tráfico de drogas (HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012. Informativo STF nº 672).

No caso dos autos, o entendimento pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal firmado pelo STF, não beneficia a ré. Há de se perquirir se na dosimetria da pena, foram reconhecidos em favor do réu como favoráveis as circunstâncias judiciais. Isso porque apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo estabelece que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Nesse sentido, aponto precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...) REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO. GRAVIDADE CONCRETA. MODO MAIS SEVERO ACERTADO. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. 1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de delitos deve ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal. 2. Evidenciada a gravidade concreta da conduta criminosa, dada a elevada quantidade de entorpecente encontrado em poder do agente, não há ilegalidade na imposição do modo inicial fechado para o resgate da reprimenda, embora definitivamente dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. 4. *Habeas corpus* denegado. (STJ, 5ª Turma, HC 214740/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02.08.2012, DJe 15.08.2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (...) IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS FAVORÁVEL. NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRISÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. (...) 4. A despeito da inconstitucionalidade da vedação legal à fixação de regime prisional diverso do fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990), a existência de circunstâncias judiciais negativas autoriza a fixação do regime prisional inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (...) (STJ, 6ª Turma, HC 163055/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 19.06.2012, DJe 29.06.2012)

E, no caso dos autos, foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, em relação às conseqüências do crime, fixando-se a pena-base em patamar superior ao mínimo legal.

Dessa forma, não obstante a pena final em patamar inferior a oito anos de reclusão, é cabível o estabelecimento do regime inicial fechado.

Por estas razões, *dou provimento* à apelação do Ministério Público Federal para reconhecer a transnacionalidade do tráfico; e *dou parcial provimento* à apelação da ré para reduzir a pena-base e afastar a causa de aumento do artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada; e comunicando-se o Juízo das Execuções Penais e o Ministério da Justiça.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI: Em sessão realizada em 10 de setembro de 2013, esta Egrégia Turma (fls. 324), “por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do Ministério Público Federal para reconhecer a transnacionalidade do tráfico e, por maioria, decidiu dar parcial provimento à apelação da ré para reduzir a pena-base e afastar a causa de aumento do artigo 40, III, da Lei Nº 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo voto do Juiz Fed. Convocado Nelson Porfírio,

sendo que o Des. Fed José Lunardelli o fazia em maior extensão para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, e fixava a pena em 4 anos, 10 meses e 10 dez dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 486 dias-multa, ficando vencido neste ponto; prosseguindo, a Turma, por unanimidade, determinou a comunicação ao Juízo das Execuções Penais e ao Ministério da Justiça. Declarará voto o Des. Fed. José Lunardelli. Lavrará o acórdão o relator.”

A divergência restringe-se à dosimetria da pena, mais especificamente à redução da pena-base, aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e à fixação do regime de cumprimento de pena.

Na primeira fase, entendo que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pois trata-se de ré primária, que não ostenta maus antecedentes, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis. A quantidade (900 gramas - peso líquido) de cocaína apreendida, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, não justifica a majoração da pena-base, pois não se trata de grande monta para fins de tráfico internacional de entorpecentes.

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea. Entretanto, conquanto entenda que há em benefício da apelante referida atenuante, nos termos do artigo 65, III, alínea “d” do Código Penal, tal reconhecimento não influirá na definição da pena, que não pode ficar aquém do mínimo, consoante preconizado na Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase da dosimetria, acompanho o e. relator, que fixou o percentual de 1/6 (um sexto) para majorar a pena, em decorrência da causa de aumento da transnacionalidade do delito, prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, fixando-a em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Ainda na terceira fase, o e. relator deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que, entretanto, entendo deva ser aplicada.

Isso porque o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, prevê a redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo foi criado a fim de facultar ao julgador ajustar a aplicação e a individualização da pena às múltiplas condutas envolvidas no tráfico de drogas, notadamente o internacional, porquanto não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as “mulas”, com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais responsáveis pela organização criminosa que atuam na prática deste ilícito penal.

Dos elementos coligidos nos autos, constata-se que a conduta da acusada se enquadra no que se convencionou denominar no jargão do tráfico internacional de droga de “mula”, isto é, pessoa que funciona como agente ocasional no transporte de drogas, pois não se subordina de modo permanente às organizações criminosas nem integra seus quadros. Trata-se, em regra, de mão-de-obra avulsa, esporádica, de pessoas que são cooptadas para empreitada criminosa sem ter qualquer poder decisório sobre o modo e o próprio roteiro do transporte, cabendo apenas obediência às ordens recebidas. Pouco ou nada sabem a respeito da organização criminosa.

Sobre o papel das “mulas” no narcotráfico e sua hipotética integração em organizações criminosas, bem apreciou essa questão o TRF - 5ª Região, asseverando que:

A etimologia do léxico “integrar” remete a íntegro, inteiro, conjunto. Muitas são as acepções da palavra, mas na frase objeto do nosso estudo, pertine àquela de incluir-se como elemento do conjunto, como membro da quadrilha.

O apelante - ficou claro - foi utilizado como “mula”.

No âmbito do tráfico, o termo “mula” não foi adotado à toa. Nomeou-se assim o indivíduo que se faz de correio de drogas, especialmente em viagens internacionais. Para tanto é remunerado e apenas segue ordens. São tão menosprezados pelos escalões superiores das organizações criminosas do tráfico que não raro os próprios traficantes que contratam as “mulas” as denunciam aos órgãos de segurança e imigração, com intuito de, para efetuarem a prisão, os policiais não poderem revistar outros indivíduos, também “mulas”, estes transportando maiores quantidades de entorpecentes.

São pessoas aliciadas, que participam do fato delituoso em condição vexatória e com grande risco para a vida, quando conduzem a droga dentro de suas próprias vísceras.

Reconheço que o só fato de ser o responsável pelo transporte da droga não importa, necessariamente, não integrar a organização criminosa. Todavia, alguém que exerce esse papel pela primeira vez, como é o caso, segundo a própria sentença, não deve ser considerado membro da organização criminosa, que na verdade “terceirizou” a arriscada atividade.

(TRF - 5ª R. - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2007.81.00.007277-3 - rel. JOSÉ MARIA LUCENA - j. 13.11.2008 - DJU 02.12.2008)

Em suma, do fato puro e simples de determinada pessoa servir como “mula” para o transporte de droga não é possível, por si só, inferir a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.342/2006, por supostamente integrar organização criminosa.

Mireya Roca Guasase é primária, não ostenta maus antecedentes e não há prova nos autos de que se dedica a atividades criminosas, nem elementos para concluir que integra organização criminosa, apesar de encarregada do transporte da droga. Certamente, estava transportando a droga para bando criminoso internacional, o que não significa, porém, que fosse integrante dele.

Sendo assim, faz jus à aplicação da causa de redução de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, entretanto, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), devido às circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, em que a acusada, boliviana, foi surpreendida transportando droga em ônibus da viação Andorinha, que realizava o trajeto Corumbá/MS - Campo Grande/MS, escondida dentro das palmilhas de seu calçado, razão pela qual resta a pena fixada em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

Considerando a pena aplicada à apelante, bem como que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal lhe são favoráveis, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, *verbis*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Grifei

Por fim, cumpre ressaltar que o princípio da isonomia, garantia pétrea constitucional extensível aos estrangeiros, impede que o condenado não nacional pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes seja privado da concessão dos benefícios previstos em lei, no caso, de regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI Nº 6.368/76, ARTIGOS 12 E 18, I. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PRESENTES. ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. *O Princípio da Isonomia, garantia pétrea constitucional extensível aos estrangeiros, impede que o condenado não nacional pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes seja privado da concessão do benefício da substituição da pena privativa por restritiva de direitos quando atende aos requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal.* (Precedentes: HC 85894, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe 28/09/2007; HC 103068/MG, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/02/2011; HC 103093/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/10/2010; HC 89976/RJ, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, DJe 24/04/2009; HC 96011/RS, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJe 10/09/2010; HC 96923/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/09/2010; HC 91600/RS, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, DJ 06/09/2007; HC 84715, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJ 29/06/2007).

(...)

3. É cediço na Corte que: “O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO ‘STATUS LIBERTATIS’ E QUE LHE GARANTAM A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS’”. - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do ‘habeas corpus’, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - *A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório.* Precedentes (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante (...). (HC 102041/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, SEGUNDA TURMA, DJe 20/08/2010). 4. “O legislador deixou por conta dos operadores jurídicos a tarefa de individualizar o instituto alternativo da substituição em cada caso concreto. É preciso que se faça um juízo de valor sobre a ‘suficiência’ da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e prevenção do delito. É sempre importante enfatizar que essa valoração deve ser objetiva e descritiva, isto é, fundamentada, para se possibilitar o seu democrático controle” (*in* Gomes, Luiz Flávio - *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Revista dos Tribunais, p. 596/597). 5. *In casu*, restou comprovado o direito do estrangeiro ao benefício, máxime porque (i) a ele foi fixado o regime aberto para

iniciar o cumprimento da pena; (ii) inexistente decreto de expulsão em seu desfavor; e (iii) na visão das instâncias inferiores, preenche os requisitos do art. 44, como declarou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Desse modo, fixada a pena-base no mínimo legal, sendo o agente primário e inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, alínea c, e § 3º do Código Penal, que dispõe que ‘o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto’. Portanto, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.” 6. Parecer do *parquet* pela concessão da ordem. Ordem concedida.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação ministerial para reconhecer a transnacionalidade do tráfico, e dou parcial provimento à apelação da ré, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastar a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), fixando a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELAÇÃO CRIMINAL

0003664-15.2008.4.03.6119

(2008.61.19.003664-3)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E OUTROS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: ACr 36999

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2013

EMENTA

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

- Caso em que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em sede de “habeas corpus”, determinou a esta Corte proceder a nova individualização das penas da corré no que concerne à causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao regime prisional para início de cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo objeto de exame os recursos da corré e do Ministério Público Federal e tão-somente nos pontos mencionados na decisão do Pretório Excelso.

- Hipótese dos autos em que se destacam o “modus operandi” e o tempo despendido na prática do delito, desvelando-se presumíveis planejamento e pertinácia na empreitada delituosa e em consequência capacidade de delinquir, ainda havendo as circunstâncias do contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional, destarte não se desvelando adequada aos fins de prevenção e reprovação do delito a aplicação da causa de diminuição em patamar superior ao mínimo legal.

- Caso em que não sendo a ré reincidente e tendo sido condenada a pena privativa de liberdade superior a quatro mas inferior a oito anos, e considerando ainda que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “habeas corpus” nº 111.840, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/07, que determina que a pena por delito de tráfico de entorpecentes deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, caberia, em tese, o regime inicial semiaberto, mas não sendo esse o único critério previsto no Código Penal e tendo sido reconhecida em anterior julgamento pela Turma a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser mantido o regime inicial fechado. Inteligência do artigo 33, § 3º, do CP.

- Pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos que se rejeita porquanto não preenchido o requisito objetivo do limite de pena. Inteligência do artigo 44 do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.714/98.

- Recurso da corré desprovido no que concerne aos pedidos de fixação de regime prisional de menor rigor para início de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

- Recurso da acusação parcialmente provido para fixar em 1/6 o patamar de redução

do benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

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 da acusada Márcia Suarez Moreno no que concerne aos pedidos de fixação de regime prisional de menor rigor para início de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para fixar em 1/6 o patamar de redução do benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): - Abeslam Laatiki e Márcia Suarez Moreno foram denunciados como incurso nos artigos 33 c.c. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, segundo a inicial de acusação, no dia 15 de maio de 2008, no aeroporto internacional de Guarulhos, sendo presos em flagrante quando estavam prestes a embarcar em voo da companhia aérea TAP com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo, respectivamente, 4.745g (quatro mil, setecentos e quarenta e cinco gramas) e 5.275g (cinco mil duzentos e setenta e cinco gramas) de cocaína acondicionada em pacotes que estavam na bagagem.

Sobreveio sentença de condenação dos acusados pelo delito capitulado a denúncia, com aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a três anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, e trezentos e noventa dias-multa, no valor unitário mínimo.

Recorreu o Ministério Público Federal, pretendendo o afastamento da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, subsidiariamente requerendo sua aplicação no mínimo legal.

Também recorreu a defesa de Abslam Laatiki, preliminarmente alegando nulidade do interrogatório por violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, no mérito postulando a redução da pena-base e a aplicação da atenuante da confissão espontânea, ainda pleiteando a fixação de regime de menor rigor para início de cumprimento da pena e sustentando o cabimento da substituição de pena.

Recorreu, ainda, a defesa de Márcia Suarez Moreno, alegando direito de a ré recorrer em liberdade, também objetivando a reforma da sentença quanto à pena-base e a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 24, § 2º, do Código Penal em vista de alegado estado de necessidade exculpante, ainda requerendo o afastamento da pena de multa e pretendendo a fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena, sustentando outrossim o cabimento da substituição de pena e a progressão a regime menos gravoso se ultrapassados pelo menos 2/5 do tempo de cumprimento de pena.

Os recursos foram respondidos e o procurador regional da república oficiante no feito manifestou-se pelo desprovimento do recurso da corré Márcia Suarez Moreno, pelo parcial pro-

vimento do recurso do corréu Abslam Laatiki para fins de aplicação da atenuante da confissão espontânea, pelo provimento do recurso da acusação para afastar a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e pela aplicação, de ofício, da atenuante da confissão espontânea quanto à corré.

Em sessão de julgamento realizada no dia 29 de setembro de 2009, a Segunda Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade do interrogatório, não conheceu do pedido de cômputo do tempo de cárcere, deu parcial provimento ao recurso da acusada Márcia Suarez Moreno para reduzir a pena-base para sete anos e seis meses de reclusão, deu parcial provimento ao recurso do acusado Abeslam Laatiki para aplicar a atenuante da confissão espontânea e deu parcial provimento ao recurso ministerial para reduzir o patamar da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 ao mínimo legal (1/6) e, de ofício, reduziu a pena-base do corréu Abeslam Laatiki para sete anos e seis meses de reclusão e aplicou a atenuante da confissão espontânea quanto à corré Márcia Suarez Moreno, ficando as penas definidas em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e dez dias-multa, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Henrique Herkenhoff.

Contra o acórdão a defesa de Márcia Suarez Moreno interpôs recurso especial e o Ministério Público Federal suscitou questão de ordem com vistas à correção de erro material.

Em 10 de março de 2010 foi proferido despacho pelo então Relator, Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, determinando o cumprimento de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do “habeas corpus” nº 163.056, impetrado em favor de Márcia Suarez Moreno, no bojo do qual foi deferido parcialmente o pedido de liminar para reconhecer o direito de a paciente recorrer em liberdade até o julgamento do mérito do “writ”.

Em sessão de julgamento realizada em 16 de março de 2010, a Segunda Turma, por unanimidade, acolheu a questão de ordem, estabelecendo o regime fechado para início de cumprimento da pena, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Henrique Herkenhoff.

Encaminhados os autos à Vice-Presidência desta Corte, o Desembargador Federal André Nabarrete proferiu decisão admitindo o recurso especial interposto pela defesa de Márcia Suarez Moreno.

Com a remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça, a Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso especial e o Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, negou-lhe provimento, com fulcro nos artigos 28 da Lei 8.038/90, 34 do Regimento Interno do STJ e 557, “caput”, § 1º-A do Código de Processo Civil.

Baixados os autos à primeira instância, foi comunicado que, nos autos do “habeas corpus” nº 117042, impetrado em favor de Márcia Suarez Moreno perante o Supremo Tribunal Federal, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, proferiu decisão concedendo parcialmente a ordem, com fulcro no artigo 192, “caput”, do Regimento Interno do STF, a fim de determinar que esta Corte proceda a nova individualização das penas, atentando-se para a adequada motivação do fator de redução previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reavaliando a fixação do regime inicial de cumprimento da pena segundo os critérios previstos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e analisando a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da decisão do Plenário nos autos do “habeas corpus” nº 97.256.

Retornaram os autos ao Tribunal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Ao início, anoto que, em vista da decisão de fls. 839/848, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do “habeas corpus” nº 117.042, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Márcia Suarez Moreno, concedendo parcialmente a ordem a fim de determinar que esta Corte proceda a nova individualização das penas no que concerne à causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao regime prisional para início de cumprimento de pena e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o que ora se desvela objeto de exame são os recursos da referida acusada e do Ministério Público Federal e tão-somente nos pontos mencionados na decisão do Pretório Excelso.

No que diz respeito à causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, verifica-se que foi aplicada na sentença em 2/3, tendo a Segunda Turma desta Corte, em sessão realizada em 29 de setembro de 2009, dado parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal para reduzir o patamar do benefício ao mínimo legal (1/6), destacando-se ex-certo do voto do então Relator, Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, nestes termos motivado (fls. 642/646):

Ainda na terceira fase da individualização da pena, o MM. Juiz aplicou, para os dois acusados, o benefício previsto no artigo 33, § 4º no patamar máximo (dois terços), por reconhecer a primariedade e bons antecedentes dos réus e a ausência de provas de que se dedicam a atividades criminosas.

O Ministério Público Federal requer a exclusão do benefício ou a aplicação no grau mínimo, sustentando que não estão preenchidos todos os requisitos para a aplicação dessa minorante, pois restou claro que os réus se integram no seio de uma organização criminosa voltada à prática de tráfico internacional de entorpecentes.

Alega que, no caso de operação de tráfico internacional de drogas, há, necessariamente, a atuação de uma organização criminosa internacional operando em dois países, e que, no caso, os acusados integram essa organização, pois fazem o elo de ligação entre o fornecedor da droga na Bolívia e o receptor no exterior, de forma que, sem suas atuações, a organização não teria como completar a atividade criminosa. Sustenta ainda, *verbis*:

“Note-se que os réus vêm a integrar a organização criminosa mesmo que esta seja a primeira vez que realizem o transporte de entorpecente, e que não tivessem a vontade de voltar a delinquir. Integrar significa ‘completar’ e o termo não inclui, necessariamente, um sentido de permanência, de estabilidade. No caso, os réus efetivamente têm papel relevante para a organização, completando-a. Sem eles, a organização criminosa não teria como levar a cabo sua atividade. É certo que a reiteração de condutas criminosas no passado, ou o ânimo de reiterá-las no futuro, é elemento que caracteriza a estabilidade e permanência para o crime de associação para o tráfico de drogas Essa reiteração, ou esse ânimo de praticar reiteradamente, caracterizariam os acusados como membros permanentes da organização criminosa. No § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, porém, essa estabilidade não é necessária para que o agente ‘integre organização criminosa’. Na verdade, o ânimo de permanência está presente em outro requisito do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que é ‘não se dedicar às atividades criminosas’.

É fato, se a lei desejasse que a prática reiterada de delitos, ou a vontade de praticá-los reiteradamente, fosse elemento da ‘integração a organização criminosa’, não teria inserido esta como requisito da causa de redução de pena ao lado da exigência de que o agente ‘não se dedique às atividades criminosas’. A ausência de dedicação às atividades criminosas, como incluiria o sentido de estabilidade, bastaria, e não seria preciso acrescentar no rol do § 4º o requisito de que o agente não ‘integre organização criminosa.’

Em outras palavras, como a lei não contém palavras inúteis, o requisito ‘não se dedique às

atividades criminosas' não pode estar contido no requisito 'não integre organização criminosa'. Logo, o requisito da 'não integração de organização criminosa' não embute em si o sentido de estabilidade que está contido no requisito da 'não dedicação a atividades criminosas'. Logo, para o afastamento da causa de redução de pena no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, basta que o agente tenha participado de operação de tráfico realizada por organização criminosa, pouco importando se o agente participou de operações anteriores na mesma organização, ou se tinham o ânimo de participar novamente.

(...)

mesmo sem a estabilidade e permanência, o papel exercido pelos sentenciados na atividade criminosa, conhecedores que eram da função que desempenhariam no contexto criminoso e a ela aderindo-se livre e conscientemente, fazendo, pois, a atividade essencial de transportar o entorpecente, frise-se, com rota por países de continentes diversos, qualificam-nos como 'integrante de organização criminosa' e impede a concessão do benefício legal do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006."

(fls. 441/444)

Em que pesem tais argumentações, entendo que deve ser mantida a aplicação desse benefício para os acusados.

É certo que, para a aplicação, exige-se o preenchimento de certos requisitos subjetivos, ou seja: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração de organização criminosa.

No caso, os réus preenchem esses requisitos, pois primários e sem antecedentes, não havendo nos autos provas seguras de que integrem de maneira estável alguma organização criminosa, embora reste demonstrado nos autos no sentido de que não atuaram sozinhos na prática delitiva, tendo em vista que declararam terem sido aliciadas para transportar a droga ao exterior mediante recompensa.

É certo, ainda, que o trabalho realizado pelas "mulas" é uma condição imprescindível para a prática da narcotraficância internacional financiada pelas organizações criminosas de grande estrutura e poderio econômico.

Contudo, a lei não veda expressamente a aplicação dessa causa de redução aos "mulas" apanhados com grande quantidade de droga para fins de tráfico internacional.

O objetivo da minorante é permitir ao julgador a flexibilização da aplicação e individualização da pena, pois como o tráfico, em geral, é praticado por quadrilhas ou em concurso de agentes, não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as "mulas" com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais representantes do organismo criminoso.

Nesse passo, entendo que os réus não podem ser considerados como membros efetivos do crime organizado, tendo em vista que não há nos autos elementos que atestem tivessem se alinhado de forma habitual e estável a uma associação criminosa para fins de traficância.

Sabe-se que incumbe à acusação, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova de que a "mula" dedica-se a atividades criminosas, com reiteração de conduta ou que integre uma organização criminosa, no sentido de ter participação ativa e estável na sociedade e que, no caso, há apenas indícios nesse sentido.

Em que pese a entendimentos em contrário, penso que não prospera o argumento de que as "mulas" sempre integram organização criminosa, posto que normalmente se tenham associado a elas, ao menos de maneira eventual. De fato, na maioria dos casos, a pessoa que é contratada para transportar a droga sequer conhece os integrantes da organização criminosa, haja vista a enorme quantidade de prisões em flagrante dessas pessoas que ocorrem em Aeroportos Internacionais, em que não é possível o desmantelamento das quadrilhas.

No caso do tráfico, a prisão das "mulas" não causa danos à organização criminosa, apesar de eventuais prejuízos financeiros, pois são sempre contratados outros em substituição, para realizar o serviço de entrega da droga.

Assim, na ausência de provas seguras em sentido contrário, há de se concluir que os réus ser-

viram como “mulas” de forma esporádica, sendo, pois, merecedores do benefício de redução da pena previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Porém, assiste parcial razão ao Ministério Público Federal ao se insurgir ao patamar da diminuição (no grau máximo), que se mostrou incompatível com a gravidade da conduta e a reprimenda penal, insuficiente em suas finalidades de retribuição e prevenção do crime.

A nova lei trouxe ao ordenamento jurídico, no parágrafo 4º de seu artigo 33, a possibilidade de redução de 1/6 a 2/3 da pena.

A redução máxima está reservada aos casos de tráfico eventual para usuários de pequenas quantidades de droga, nos casos em que também forem totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.

O parâmetro para a graduação da redução deve ser extraído da razão que motivou a edição da lei e da causa de diminuição, ou seja, o tratamento privilegiado ao traficante de primeira viagem e o recrudescimento do tratamento do tráfico em geral, aliado às disposições contidas nos artigos 42 da Lei 11343/06 e do artigo 59 do CP.

Deve ainda considerar-se a razoável quantidade da droga, elemento decisivo também para o estabelecimento do “quantum” da redução da pena, nos casos em que for aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, não cabe a redução no patamar máximo, pois a conduta dos apelantes se insere em estágio intermediário da cadeia do tráfico, já que não estavam vendendo a droga aos usuários, mas sim transportando grande quantidade de cocaína, que seria pulverizada entre vários vendedores no mercado de consumo, conduta esta que, se bem sucedida, possibilitaria o abastecimento de diversos pontos de venda de tóxicos distintos e contribuiria para a distribuição em escala mundial, sendo potencialmente mais gravosa que o mero abastecimento no mercado interno.

Ademais, embora os apelantes sejam primários e de bons antecedentes, há que se considerar, como já consignado, haver indícios nos autos de que figuraram, ainda que eventualmente, em uma das organizações voltadas ao tráfico de entorpecentes, hipótese limítrofe com aquela em que a redução seria proibida.

Nessa ordem de idéias, não merecem a diminuição da pena no patamar máximo, instituída no mencionado diploma legal. Para tanto, além das condições já consideradas, haveriam de concorrer outras circunstâncias relevantes, como a situação de miserabilidade, a baixa instrução e a pouca inserção no meio social, a condição de dependente, o desempenho de atividade lícita, a tenra ou avançada idade e tantas outras, que não restaram comprovadas.

Se a lei previu índice de redução em escala variável (de um sexto a dois terços), concedeu ao Juiz, diante das peculiaridades de cada caso, discricionariedade (que não se confunde com arbitrariedade) na determinação do quantum da redução, para que se concretize uma pena que atenda, de forma coerente, as finalidades de repressão e prevenção em cada caso, e que são bastante diversificadas nos casos de tráfico de drogas.

Sabe-se, também, que o tipo da substância entorpecente indica o grau de nocividade para a saúde pública, e a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o comércio e a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa. Assim sendo, considerando que os réus são primários e não possuem maus antecedentes, mas que, contudo, figuraram eventualmente em organização criminosa, situação limítrofe com aquela em que não seria cabível a redução, e ademais transportavam razoável quantidade de drogas, penso que se a aplicação da redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 não pode ir além do patamar mínimo (um sexto).

Na decisão de fls. 839/848, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, restou consignado que “a quantidade e a qualidade da droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art.

33 da nova Lei de Drogas, sob pena de indevido *bis in idem* (HC 98.172/GO, HC 104.423/AL, ambos de minha relatoria, e HC 101.317/MS, rel. orig. Min. Ellen Gracie e red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes)”.

Passo, então, ao exame da questão segundo os parâmetros estabelecidos no “decidum” do Pretório Excelso.

Da análise dos autos, mais precisamente da mídia de fl. 377, o que se verifica é que em seu interrogatório judicial a acusada Márcia Suarez Moreno afirmou que a droga lhe foi entregue na Bolívia por pessoa de nome “Hugo” e que deveria levá-la até Sevilha/Espanha, ainda aduzindo que pelo transporte do entorpecente receberia doze mil euros, também havendo as declarações em juízo da testemunha Julio Atanasov, dizendo que os corréus foram abordados em fiscalização no Terminal 2 do aeroporto, mais precisamente no check-in da companhia aérea TAP, e que afirmaram que vinham da Bolívia, ainda aduzindo a testemunha que verificou que na bagagem havia um fundo grosso, razão pela qual foram até local em que havia máquina de raio-X e, constatada a existência de material orgânico, se dirigiram até a delegacia para abertura das malas, ocasião em que a testemunha logrou encontrar substância branca, tendo o resultado do “narcoteste” sido positivo para cocaína.

Neste quadro, em que se destacam o “modus operandi” e o tempo despendido na prática do delito, desvelam-se presumíveis planejamento e pertinácia na empreitada delituosa e em consequência capacidade de delinqüir, ainda havendo as circunstâncias do contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional, destarte a meu juízo não se desvelando adequada aos fins de prevenção e reprovação do delito a aplicação da causa de diminuição em patamar superior ao mínimo legal.

Trago à baila o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal de interesse na questão:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas e receptação (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 180, *caput*, do Código Penal). Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 no quantum de 1/6. Decisão suficientemente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. O juiz de primeiro grau não utilizou as mesmas circunstâncias judiciais como fundamento de mais de uma fase da dosimetria da pena, não havendo que se falar, portanto, na ocorrência de *bis in idem*. O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena liberdade para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ordem denegada.

(STF, HC 99440, Segunda Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. em 03/05/2011)

Assim, ficam as penas mantidas nos moldes fixados no acórdão proferido pela Segunda Turma em sessão de julgamento realizada em 29 de setembro de 2009 (cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e dez dias-multa).

Não sendo a ré reincidente e tendo sido condenada a pena privativa de liberdade superior a quatro mas inferior a oito anos, e considerando ainda que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do “habeas corpus” nº 111.840, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/07, que determina que a pena por delito de tráfico deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, caberia, em tese, o regime inicial semiaberto, mas não sendo esse o único critério previsto no Código Penal e, no caso, tendo o acórdão proferido pela Segunda Turma em 29 de setembro

de 2009 reconhecido a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser mantido o regime inicial fechado fixado na sentença, nos termos do artigo 33, § 3º, do CP, “*verbis*”:

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Acerca do tema destaco o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

.....
- O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena do paciente ter sido fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(STJ, Quinta Turma, Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 15/03/2013)

No tocante à pretensão da defesa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, registro que a *corrê* não preenche o requisito objetivo do limite de pena previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.714/98:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; [...]

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da acusada Márcia Suarez Moreno no que concerne aos pedidos de fixação de regime prisional de menor rigor para início de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para fixar em 1/6 o patamar de redução do benefício do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, nos termos *supra*.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL**0011193-59.2009.4.03.6181****(2009.61.81.011193-0)**

Apelante: AMOE MARIANO DA SILVA (réu preso)

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HELIO NOGUEIRA

Classe do Processo: ACr 42916

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/10/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE DESCAMINHO E FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. MATERIALIDADES E AUTORIAS DEMONSTRADAS. INOCORRÊNCIA DE ERRO SOBRE ELEMENTO DE TIPO E ILICITUDE DO FATO. DOLO EVIDENCIADO. VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SÚMULA Nº 444, DO STJ. PENA-BASE DO DELITO DE DESCAMINHO REDUZIDA *EX OFFICIO*. ATENUANTE DE CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA Nº 231, DO STJ. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA MÍNIMA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 273, DO CÓDIGO PENAL. MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL. CONCURSO MATERIAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A materialidade delitiva do crime de descaminho restou demonstrada, pois diversas mercadorias de procedência estrangeira foram apreendidas desacompanhadas da respectiva documentação legal e foram introduzidas em território nacional com ilusão de tributos no valor de R\$ 29.610,18 (vinte e nove mil, seiscentos e dez reais e dezoito centavos), tendo sido adquiridas para fins comerciais.

2. A materialidade delitiva do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais restou incontroversa, uma vez que restou constatado a apreensão de: 12.000 (doze) mil comprimidos de “PRAMIL SILDENAFIL - 50 mg”, 60 (sessenta) comprimidos de “VIAGRA SILDENAFILA CITRATO - 50 mg”, 60 (sessenta) comprimidos de “CIALIS TADALAFILA - 20 mg”, 20 (vinte) ampolas de “NANDROLONE DECANOATE NORMA - 2 ml” e 1.000 (mil) comprimidos de “CYTOTEC 200 mcg COMPRESSE MISOPROSTOL”.

3. Os medicamentos apreendidos não possuíam os respectivos registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (“Pramil”, “Nandrolone” e “Cytotec”) ou eram falsificados (“Viagra” e “Cialis”), sendo proibida sua importação, comércio e uso em todo o território nacional.

4. A autoria delitiva de ambos os delitos é incontroversa, já que o acusado foi preso em flagrante na posse de bagagens em que estavam armazenadas as diversas mercadorias descaminhadas e os medicamentos falsificados e/ou sem registros no órgão de vigilância sanitária.

5. Incabível a alegação da defesa de que o réu desconhecia a ilicitude da conduta de comprar acessórios para telefonia celular, pois confessou em Juízo que tinha conhecimento de que estava transportando algumas mercadorias adquiridas na “Galeria Pajé” e nas redondezas na Rua 25 de Março, ambas localizadas no centro da cidade de São Paulo/SP em local conhecido como de comercialização de produtos clandestinos, com o intuito de revendê-las em sua cidade, já que lá exercia atividade comercial.
6. Apesar dos medicamentos estarem acondicionados em capas para aparelhos celulares, os policiais rodoviários federais, que revistaram as bagagens do acusado, não tiveram maiores dificuldades para constatar a presença dos produtos farmacêuticos, cuja expressiva quantidade, aliás, já é suficiente o bastante para afastar qualquer desconhecimento acerca do conteúdo da bagagem.
7. O apelante desenvolve atividade comercial de produtos ilegais, tendo adquirido tanto as mercadorias descaminhadas, quanto os medicamentos proibidos em notável local de comercialização de produtos clandestinos. Ademais, o réu, ao alegar que se propôs a transportar bagagem de outrem, sem se certificar sobre seu conteúdo, incorreu ao menos no dolo eventual.
8. A análise do conjunto probatório permite concluir sem sombra de dúvidas que o réu agiu dolosamente, haja vista que foi preso em flagrante transportando grande quantidade de mercadorias desacompanhadas da respectiva documentação legal e medicamentos falsos ou sem os respectivos registros na ANVISA, adquiridas em razão de sua atividade comercial.
9. De rigor manter a condenação do réu como incurso nas penas dos artigos 334, § 1º, “c” e 273, §§ 1º-A e 1º-B, inciso I, ambos do Código Penal.
10. A jurisprudência pátria veda majorar a pena-base por tal razão, não podendo ser considerados na análise dos antecedentes, tampouco da personalidade e conduta social, eventuais inquéritos policiais ou ações penais em curso, nos termos da Súmula nº 444, do C. Superior Tribunal de Justiça.
11. A pena-base do delito de descaminho deve ser reduzida *ex officio* para 1 (um) ano de reclusão, razão pela qual, na segunda fase, deve ser mantida nesse patamar, pois ainda que reconhecida a atenuante decorrente confissão, não pode ser reduzida aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.
12. Inexistindo outras atenuantes, bem como agravantes, causas de aumento e diminuição, a pena do crime descrito no artigo 334, § 1º, “c”, do Código Penal deve ser mantida definitivamente em 1 (um) ano de reclusão.
13. O C. Órgão Especial desta Corte Regional rejeitou a arguição de inconstitucionalidade nº 0000793-60.2009.4.03.6124, em que se discutia a constitucionalidade da pena mínima cominada ao crime descrito no artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, entendendo que o rigor da pena justifica-se pela própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, além da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, as quais foram devidamente sopesadas pelo legislador.
14. Portanto, a pena-base do crime descrito no artigo 273, do Código Penal deve ser mantida no mínimo legal, 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, já que inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, a qual torno definitiva, ante a ausência de agravantes, atenuantes e causas de aumento ou diminuição.
15. Em face do concurso material de delitos, as penas devem ser somadas, resultando em 11 (onze) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, nos termos do artigo 69, do Código Penal.

16. Pena-base do crime de descaminho para 1 (um) ano de reclusão reduzida, *ex officio*, mantida, contudo, sua pena definitiva, e apelação improvida, mantida, no mais, a r. sentença.

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, reduzir, *ex officio*, a pena-base do crime de descaminho para 1 (um) ano de reclusão, mantendo-se, contudo, sua pena definitiva, e negar provimento à apelação, mantida, no mais, a r. sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu AMOE MARIANO DA SILVA contra sentença que o condenou pela prática dos crimes previstos nos artigos 334, § 1º, “c”, e 273, §§ 1º-A e 1º-B, todos do Código Penal.

Narra a denúncia oferecida pelo *Parquet* federal que Amoe Mariano da Silva foi surpreendido, em 16 de setembro de 2009, por volta do final do período da manhã, no posto policial localizado na altura do Km 82 da Rodovia Fernão Dias, por policiais rodoviários federais, que faziam fiscalização de rotina, transportando mercadorias de origem estrangeira desacompanhadas de documentação comprobatória de seu regular internação em território nacional, cujo valor estimado alcançou R\$ 39.155,10 (trinta e nove mil, cento e cinquenta e cinco reais e dez centavos), bem como grande quantidade de medicamentos consistentes em: 12.000 (doze) mil comprimidos de “PRAMIL SILDENAFIL - 50 mg”, 60 (sessenta) comprimidos de “VIAGRA SILDENAFILA CITRATO - 50 mg”, 60 (sessenta) comprimidos de “CIALIS TADALAFILA - 20 mg”, 20 (vinte) ampolas de “NANDROLONE DECANOATE NORMA - 2 ml” e 1.000 (mil) comprimidos de “CYOTEC 200 mcg COMPRESSE MISOPROSTOL” (fls. 132/133v).

A denúncia foi recebida em 13 de novembro de 2009 (fls. 135/137).

Após regular instrução, foi proferida sentença (fls. 310/318), publicada em 31 de maio de 2010 (fl. 319), que julgou procedente a ação penal para condenar o réu Amoe Mariano da Silva pela prática dos delitos descritos nos artigos 334, § 1º, “c”, e 273, §§ 1º-A e 1º-B, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 11 (onze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A defesa, em razões recursais (fls. 338/343), pugna pela absolvição sob fundamento de insuficiência de provas hábeis a ensejar o decreto condenatório, restando ausente a autoria e o elemento subjetivo. Ademais, alega que o acusado não tinha conhecimento de que a conduta de comprar acessórios para telefonia celular configurava crime de descaminho, bem como de que havia os medicamentos em sua bagagem.

Foram apresentadas contrarrazões pela acusação (fls. 345/348v).

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região opina, em parecer, pelo parcial provimento do recurso para reduzir à metade a pena de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 273, §§ 1º-A e 1º-B, do Código Penal (fls. 353/357).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Inexistindo preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito recursal.

A materialidade delitiva do crime de descaminho restou demonstrada através do Auto de Apresentação e Apreensão - IPL 2-2829/09 (fls. 09/11), Laudo de Exame Merceológico nº 5944/2009 - NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 119/126), Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0815500/00116/10 (fls. 282/289) e Ofício nº 0504/2010/GAB/IRF/SPO (fls. 280/281), os quais apontam que diversas mercadorias de procedência estrangeira, tais como: perfumes, peças de aparelhos celulares, aparelhos eletrônicos, avaliadas no valor total de R\$ 167.845,00 (cento e sessenta e sete mil e oitocentos e quarenta e cinco reais), estavam desacompanhadas da respectiva documentação legal e foram introduzidas em território nacional com ilusão de tributos no valor de R\$ 29.610,18 (vinte e nove mil, seiscentos e dez reais e dezoito centavos), tendo sido adquiridas para fins comerciais.

Já a materialidade delitiva do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais restou incontroversa, conforme bem analisado pela sentença recorrida, já que os documentos acima citados, além do Laudo de Exame de Produto Farmacêutico nº 5141/2009 - NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 111/117) e nº 1809/2009 (fls. 226/231), constataram que foram apreendidos 12.000 (doze) mil comprimidos de “PRAMIL SILDENAFIL - 50 mg”, 60 (sessenta) comprimidos de “VIAGRA SILDENAFILA CITRATO - 50 mg”, 60 (sessenta) comprimidos de “CIALIS TADALAFILA - 20 mg”, 20 (vinte) ampolas de “NANDROLONE DECANOATE NORMA - 2 ml” e 1.000 (mil) comprimidos de “CYTOTEC 200 mcg COMPRESSE MISOPROSTOL”.

Referidos laudos revelaram, em síntese, que: o medicamento “PRAMIL SILDENAFIL - 50mg”, fabricado pela empresa “NOVOPHAR - DIVISIÓN DE LA QUIMICA FARMACEUTICA S/A”, não possui registro junto à ANVISA; o medicamento “VIAGRA SILDENAFILA CITRATO - 50 mg” é falsificado, pois foi constatado o princípio ativo “Tadalafil”, ao invés “Sildenafil”; o medicamento “CIALIS TADALAFILA - 20 mg” é falsificado, pois a empresa farmacêutica registrada na ANVISA “Eli Lilly do Brasil” informou que inexistente o lote nº 0446628 do respectivo produto; o medicamento “NANDROLONE DECANOATE NORMA - 2 ml” foi produzido pelo laboratório “Norma Hellas A.E.” que não possui registro na ANVISA; e o medicamento “CYTOTEC 200 mcg COMPRESSE MISOPROSTOL” não possui registro na ANVISA, sendo utilizado ilegalmente como abortivo.

Conclui-se, portanto, que os medicamentos apreendidos não possuíam os respectivos registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (“Pramil”, “Nandrolone” e “Cytotec”) ou eram falsificados (“Viagra” e “Cialis”), sendo proibida sua importação, comércio e uso em todo o território nacional.

A autoria delitiva de ambos os delitos é incontroversa, já que o acusado foi preso em

flagrante na posse de bagagens em que estavam armazenadas as diversas mercadorias descaminhadas e os medicamentos falsificados e/ou sem registros no órgão de vigilância sanitária, conforme depoimentos dos policiais rodoviários federais que realizaram revista nos pertences do acusado (fls. 02/05), devidamente corroborados pelos depoimentos testemunhais prestados em Juízo de Rorani Breves dos Santos Junior (mídia à fl. 186) e Carlos Alberto da Cunha Leme Junior (mídia à fl. 256), policiais que realizaram, no dia 16 de setembro de 2009, fiscalização de rotina no interior do ônibus da Viação Cometa, que fazia a linha São Paulo/SP - Belo Horizonte/MG, em que o denunciado estava a bordo.

Incabível a alegação da defesa de que o réu desconhecia a ilicitude da conduta de comprar acessórios para telefonia celular, pois confessou em Juízo que tinha conhecimento de que estava transportando algumas mercadorias adquiridas na “Galeria Pajé” e nas redondezas da Rua 25 de Março, ambas localizadas no centro da cidade de São Paulo/SP em local conhecido como de comercialização de produtos clandestinos, com o intuito de revendê-las em sua cidade, já que lá exercia atividade comercial.

Ainda, a defesa pugna pela absolvição, sob o argumento de que o réu incorreu em erro sobre elemento constitutivo do tipo por induzimento de terceiro, pois o réu não tinha conhecimento acerca dos medicamentos encontrados em uma de suas bagagens, já que um terceiro chamado “Luis Carlos” lhe a entregou nos arredores da Rua 25 de Março para que ele lhe entregasse dias depois na cidade de Recife/PE.

É certo que muitas vezes parte dos delitos são praticados tendo como causa erros ou juízos falsos, que levam seus autores a realizar condutas tipificadas como crime, sendo que tais enganos não são espontâneos, mas provocados por terceiras pessoas que se interpõem na mesma relação.

Contudo, é imprescindível que a defesa comprove a caracterização do erro sobre elementar do tipo penal, que apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta, não sendo suficientes meras alegações de desconhecimento do transporte dos medicamentos.

No caso, a alegação de erro de tipo mostrou-se inverossímil e insubsistente, sem correspondência com as demais provas e indícios constantes nos autos, tratando-se de mais uma dentre tantas versões apresentadas pela defesa do acusado visando sua absolvição.

Apesar dos medicamentos estarem acondicionados em capas para aparelhos celulares, os policiais rodoviários federais, que revistaram as bagagens do acusado, não tiveram maiores dificuldades para constatar a presença dos produtos farmacêuticos, cuja expressiva quantidade, aliás, já é suficiente o bastante para afastar qualquer desconhecimento acerca do conteúdo da bagagem.

Por outro lado, o apelante desenvolve atividade comercial de produtos ilegais, tendo adquirido tanto as mercadorias descaminhadas, quanto os medicamentos proibidos em notável local de comercialização de produtos clandestinos. Ademais, o réu, ao alegar que se propôs a transportar bagagem de outrem, sem se certificar sobre seu conteúdo, incorreu ao menos no dolo eventual.

Outrossim, o denunciado, em interrogatório judicial, foi inquirido a respeito de informações da pessoa que lhe teria entregue a bagagem em que havia os medicamentos proibidos, mas não apontou nenhuma informação suficiente para identificá-la.

Assim, no tocante ao elemento subjetivo, por residir apenas na mente do agente, não pode ser demonstrado diretamente, devendo ser analisados os elementos colhidos nos autos

como um todo de forma a demonstrar a vontade do agente em praticar a conduta descrita no tipo penal pelo qual é acusado.

No caso, a análise do conjunto probatório permite concluir sem sombra de dúvidas que o réu agiu dolosamente, haja vista que foi preso em flagrante transportando grande quantidade de mercadorias desacompanhadas da respectiva documentação legal e medicamentos falsos ou sem os respectivos registros na ANVISA, adquiridas em razão de sua atividade comercial.

Destarte, é de rigor manter a condenação do réu Amoe Mariano da Silva como incurso nas penas dos artigos 334, § 1º, “c” e 273, §§ 1º-A e 1º-B, inciso I, ambos do Código Penal.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, consistente no arbitramento da pena-base, devem ser analisadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. A finalidade dessas circunstâncias, denominadas judiciais, por balizarem uma atuação jurisdicional fundada num exercício discricionário, é a de permitir a aplicação de penas individualizadas e proporcionais aos delitos praticados, que sejam necessárias e suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

O MM Juízo *a quo* fixou a pena-base do delito descrito no artigo 334, inciso I, do Código Penal acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão da existência de inquérito policial e ação criminal em andamento (fls. 241/242), o que revelaria a personalidade e conduta social do réu voltadas para a prática delitiva.

Todavia, em caráter excepcional, deixou de majorar a pena-base do crime previsto no artigo 273, §§ 1º-A e 1º-B, do Código Penal, por entender que pena mínima legal já era demasiadamente elevada.

Contudo, a jurisprudência pátria veda majorar a pena-base por tal razão, não podendo ser considerados na análise dos antecedentes, tampouco da personalidade e conduta social, eventuais inquéritos policiais ou ações penais em curso, nos termos da Súmula nº 444, do C. Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 344, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2º E 3º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. A grave ameaça, utilizada pelo Juízo Sentenciante para majorar a pena-base, constitui elemento inerente ao delito de coação no curso do processo.

3. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de Maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado

nº 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena e ao correspondente regime prisional, nos termos explicitados no voto.

(HC 265.685/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. SÚMULA 444 DO STJ. (3) CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. (4) CONTINUIDADE DELITIVA. DOIS CRIMES. AUMENTO DE UM TERÇO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, contudo, foi exasperada a pena-base em razão da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular nº 444 desta Casa de Justiça.

(...)

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir o *quantum* da pena do paciente Roberto para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, bem como para reduzir a pena do paciente Diego para 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, referente aos autos nº 050.07.066244-4, da 7ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 159.402/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013)

Portanto, a pena-base do delito de descaminho deve ser reduzida *ex officio* para 1 (um) ano de reclusão, razão pela qual, na segunda fase, deve ser mantida nesse patamar, pois ainda que reconhecida a atenuante decorrente confissão, não pode ser reduzida aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.

No mais, inexistindo outras atenuantes, bem como agravantes, causas de aumento e diminuição, a pena do crime descrito no artigo 334, § 1º, “c”, do Código Penal deve ser mantida definitivamente em 1 (um) ano de reclusão.

Em relação ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, observo que esta E. Quinta Turma suscitou argüição de inconstitucionalidade nos autos da ação penal nº 0000793-60.2009.4.03.6124, com fulcro no artigo 97, da Constituição Federal e artigo 11, parágrafo único, “g”, c/c artigos 173 e 174, do

Regimento Interno desta C. Corte, em razão de eventual transgressão do princípio da razoabilidade quanto à pena mínima cominada ao tipo penal do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal.

Contudo, em sessão realizada em 14 de agosto de 2013, o C. Órgão Especial desta Corte Regional rejeitou a referida arguição de inconstitucionalidade, de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Federal Márcio Moraes, por entender que o rigor da pena justifica-se pela própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, além da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, as quais foram devidamente sopesadas pelo legislador, conforme seguinte ementa:

DIREITO PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA). INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade.

- Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador.

- Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão. (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011)

- O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ.

- *Habeas corpus* a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto.

- Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. *Habeas Corpus ex officio* não conhecido. (TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, ARGINC 0000793-60.2009.4.03.6124, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 14/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/08/2013)

Portanto, em relação a esse delito, mantenho a pena-base fixada no mínimo legal, 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, já que inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, a qual torno definitiva, ante a ausência de agravantes, atenuantes e causas de aumento ou diminuição.

Em face do concurso material de delitos, as penas devem ser somadas, resultando em 11 (onze) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, nos termos do artigo 69, do Código Penal.

O valor do dia-multa deve ser mantido no mínimo legal, em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser mantido no fechado, haja vista que a pena superou 8 (oito) anos de reclusão, nos termos do artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal.

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que ausente o requisito objetivo da quantidade da pena, previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Diante do exposto, reduzo, *ex officio*, a pena-base do crime de descaminho para 1 (um) ano de reclusão, mantendo-se, contudo, sua pena definitiva, e nego provimento à apelação, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL

0000842-88.2010.4.03.6117

(2010.61.17.000842-9)

Recorrente: HILDA CAMARGO ALVES

Recorrida: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: HILDA CAMARGO ALVES

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAU - SP

Classe do Processo: ACr 49081

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2013

DECISÃO

Recurso especial interposto por Hilda Camargo Alves, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, contra v. acórdão deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento à apelação.

Alega-se:

a) o crime de contrabando ou descaminho, em razão da exploração de máquinas de caça-níquel, deve ser absorvido pela prática de jogo de azar;

b) dissídio jurisprudencial quanto ao tema;

c) deve incidir o princípio da insignificância, de modo a caracterizar a atipicidade da conduta;

d) o delito não restou caracterizado já que a recorrente não introduziu as máquinas no país, não as importou fraudulentamente, tampouco tinha conhecimento sobre sua origem clandestina, afastado, portanto, o dolo direto.

Contrarrrazões, às fls. 208/213-vº, em que se sustenta o não conhecimento do recurso e, se cabível, o seu não provimento.

Decido.

Presentes pressupostos genéricos do recurso.

A ementa do acórdão recorrido tem a seguinte redação:

PENAL. CONTRABANDO. ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO PENAL. MÁQUINAS CAÇANÍQUEIS. PEÇAS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Impossível a aplicação do princípio da consunção, vez que uma conduta menos gravosa (contravenção de jogo de azar) não pode absorver conduta mais grave (crime de contrabando).

2. A autoria e a materialidade estão satisfatoriamente provadas pelos elementos de convicção existentes nos autos, restando incontroversos.

3. A manutenção de máquinas caça-níqueis no estabelecimento comercial, constituídas por peças de origem estrangeira, caracteriza o crime de contrabando, que atinge serviços e interesses da União. No caso em tela, as mercadorias são de internação proibida, sendo irrelevante a mensuração do crédito tributário e, consequentemente, inaplicável o princípio da insignificância, restrito aos crimes de descaminho, quando a exação resulte inferior a

R\$ 20.000,00, valor mínimo para cobrança do crédito tributário.

4. O dolo restou configurado, tendo em vista que o conhecimento da ilicitude era patente, inclusive porque já houvera outras apreensões de máquinas de caça-níqueis no mesmo estabelecimento da acusada.

5. Apelação desprovida.

Inadmissível o recurso quanto à alegação de que a ré deveria ser absolvida em razão da inexistência de provas do dolo, já que desconhecia que as máquinas eram produto de introdução clandestina ou da importação fraudulenta e porque “não vendeu, não expôs à venda, não manteve em depósito e muito menos utilizou em proveito próprio ou alheio o objeto material do delito”. Evidente que, sob este aspecto, qualquer decisão contrária ao julgado debatido demandaria revolvimento de prova, o que não se coaduna com a sistemática desse recurso excepcional, a teor da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta-se que a exploração de máquinas caça-níqueis não configura o crime de contrabando ou descaminho. Caso seja mantida a imputação pelo crime, pleiteia a aplicação do princípio da insignificância, sob o argumento de que não há como se auferir o quanto de tributo deixou de ser recolhido. Contudo, não se verifica a plausibilidade do recurso quanto a esses aspectos. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que os componentes e equipamentos mencionados são de importação proibida e quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando não demonstrado nos autos o montante do tributo devido:

*HABEAS CORPUS. CONTRABANDO, CORRUPÇÃO ATIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À EXPLORAÇÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e também do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar se reveste de caráter de excepcionalidade, sendo determinada apenas quando satisfeitos os requisitos do art. 312 do CPP, evidentemente, por meio de decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). 2. Na espécie, a prisão preventiva está suficientemente justificada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal. 3. No que se refere à garantia da ordem pública, destacou o magistrado de primeiro grau a condição do paciente de líder de organização criminosa que, em municípios do Rio de Janeiro, se dedica à exploração de máquinas caça-níqueis, cujos componentes eletrônicos são de importação proibida. (grifo nosso) 4. Registro de que, a despeito das diversas prisões em flagrante e de apreensões de máquinas caça-níqueis, as atividades da quadrilha tidas como capitaneadas pelo ora paciente continuaram a se expandir, envolvendo a utilização de material contrabandeado para a exploração do jogo; o aliciamento de policiais, por meio da prática de corrupção; e a extorsão daqueles que não pagavam a “retribuição” ajustada pela utilização das máquinas. Concreto liame entre os fatos e os fundamentos adotados pelo juiz para justificar a custódia preventiva, concernente à reiteração dos delitos. 5. Remarcou o decreto de prisão preventiva, quanto à conveniência da instrução criminal, o alto grau de penetração do grupo no Poder Público, de modo a facilitar a manipulação de provas. Há notícia, nesse ponto, de que, por informações repassadas por agentes policiais integrantes do grupo, o paciente teve ciência, em noite anterior, de que seria deflagrada operação pela Polícia Federal. 6. Por fim, as arguições que procuram por em cheque a materialidade e autoria do crime de *contrabando* a exigir nitidamente exame probatório, insuscetível de ser operado na via eleita. 7. Ordem denegada. (HC 201000967205 - HC- HABEAS CORPUS - 174312 - Sexta Turma OG FERNANDES – DJE DATA: 22.11.2010)*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONTRABANDO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO EM LEI TRABALHISTA. APREENSÃO DE BEM EM BUSCA PESSOAL. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA.

I - A teor do art. 6º, inc. II e III, do CPP a autoridade policial, ao tomar conhecimento de um fato delituoso, está autorizada a apreender objetos a ele relacionados.

II - A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. (HC 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/09/1996). Denúncias genéricas que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. (HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/02/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.

III - *Na hipótese, a denúncia descreve a atuação de organização criminosa, estruturada com o fim de exploração de jogos de azar, que teria praticado de forma reiterada os crimes de contrabando (de equipamentos relativos às máquinas caça-níqueis), de frustração de direitos trabalhistas dos funcionários das lojas administradas pela organização, e de lavagem de dinheiro.* (GRIFO NOSSO)

IV - Desta forma, constata-se que a exordial acusatória apresenta uma narrativa congruente dos fatos (HC 88.359/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 09/03/2007), de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa (HC 88.310/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 06/11/2006), descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime (HC 86.622/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/09/2006), ou seja, não é inepta a denúncia que atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal (HC 87.293/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 03/03/2006). Ordem denegada.

(HC 101668/PE - *HABEAS CORPUS* 2008/0051713-4 - 5 Turma FELIX FISCHER - Julg. 19.08.08 - Dje 20.10.2008)

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. ZONA FRANCA DE MANAUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO VALOR DO TRIBUTO SUPRIMIDO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Não é inepta a denúncia que narra a prática de conduta que se subsume ao delito previsto no art. 334 do Código Penal c.c. com o art. 39 do Decreto-Lei nº 288/67, em conformidade com o art. 41 do Código de Processo Penal, revelando-se suficiente ao exercício do direito de defesa. 2. Não há como reconhecer a aplicação do princípio da insignificância sob a alegação de o valor do tributo suprimido ser inferior a dez mil reais se não fica demonstrado nos autos o real montante devido. 3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 200801834847 - HC - *HABEAS CORPUS* - 113847- Sexta Turma - PAULO GALLOTTI - DJ 03.11.08)

Argumenta-se, ainda, que o delito de contrabando deve ser absorvido pelo crime fim de “jogos de azar”. A decisão recorrida tratou da questão nos seguintes termos:

Impossível a aplicação do princípio da consunção, vez que uma conduta menos gravosa (contravenção de jogo de azar) não pode absorver conduta mais grave (crime de contrabando).

Constata-se que o acórdão recorrido afastou a consunção, porque os delitos em tela lesam bens jurídicos distintos e por não ser possível a absorção da infração menos grave pela mais danosa. A decisão não destoia do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. “HABEAS CORPUS”. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. *CONSUNÇÃO*. CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA) E CRIME-FIM (*CONTRABANDO*). A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO ÚLTIMO DELITO NÃO ABARCA A DO PRIMEIRO. A FINALIDADE DA CATEGORIA JURÍDICA (*CONSUNÇÃO*) É MINIMIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVÉS DE ARTIFÍCIOS SILOGÍSTICOS, A IMPUNIDADE DO DELINQUENTE. RECURSO IMPROVIDO. I - O RECORRENTE, EMPRESÁRIO, CORROMPEU ATIVAMENTE SERVIDOR DA CACEX PARA CONTRABANDEAR BENS. AMBOS FORAM DENUNCIADOS: O RECORRENTE, POR CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA E POR *CONTRABANDO* OU DESCAMINHO. O JUIZ RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DO CRIME-FIM (*CONTRABANDO*) E REJEITOU A DO CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO). A SENTENÇA FOI MANTIDA. O RECORRENTE, EM SEU RECURSO ORDINÁRIO, ALEGA QUE DELITO-FIM “CONSUMIU” O DELITO-MEIO. II - INEXISTÊNCIA DE *CONSUNÇÃO*, POIS O CRIME-FIM É APENADO MAIS LEVEMENTE DO QUE O CRIME-MEIO. APLICA-SE O PRINCÍPIO DO “MAJOR ABSORBE MINOREM”. CASO NÃO TIVESSE OCORRIDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME-MEIO, O RECORRENTE POR ELE NÃO PODERIA SER CONDENADO, UMA VEZ INCURSO NAS PENAS DO CRIME-MEIO. AI, NESSE CASO, ADMITIR-SE-IA A *CONSUNÇÃO*. A FINALIDADE DESSA CATEGORIA JURÍDICA É SUAVIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVÉS DE ARTIFÍCIOS SILOGÍSTICOS, A IMPUNIDADE. III - RECURSO IMPROVIDO.

(RHC 199500711788 - RHC - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* - 5182 - Sexta Turma ADHEMAR MACIEL - DJ DATA: 24/06/1996 PG: 22813 RSTJ VOL.: 00089 PG: 00406)

Ante o exposto NÃO ADMITO o recurso especial.

São Paulo, 09 de setembro de 2013.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

“HABEAS CORPUS”
0027582-67.2011.4.03.0000
(2011.03.00.027582-3)

Impetrantes: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
Paciente: LI KWOK KUEN
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Corréus: RENATO LI E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: HC 47155
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/10/2013

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. PAGAMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS COM QUANTIA APREENDIDA EM PODER DO ACUSADO. EX-TINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O delito de descaminho é qualificado como pluriofensivo, pois a conduta ilícita lesa simultaneamente mais de um bem jurídico tutelado pela lei, isto é, tanto a proteção ao erário, como a regularidade da política de comércio exterior. Logo, não é só a correta arrecadação de tributos que é tutelada pela legislação penal, mas, sobretudo, a efetividade política aduaneira nacional que, em última instância, visa à proteção da indústria local, em virtude da natureza extrafiscal dos tributos incidentes na importação e exportação de bens e serviços (imposto de importação e exportação).

2. Sobrevindo sentença condenatória que reconheça ser a quantia apreendida proveito do crime, o destino da cifra encontrada em poder do paciente deverá ser a perda em favor da União, e não o adimplemento dos tributos devidos. Não parece lógico que o fruto da atividade criminal ilícita seja empregado para salvaguardar o acusado da sanção penal. Se fosse possível empregar recursos oriundos da atividade penal ilícita de descaminho para extinguir a punibilidade do próprio delito com o pagamento dos tributos iludidos, restaria ineficaz a tutela jurídica dos bens protegidos pelo crime de descaminho, especialmente os controles aduaneiros do comércio exterior, pois o resultado da atividade criminal, se bem sucedida, impediria que norma penal alcançasse o seu escopo preventivo e repressivo, visto que não haveria punição aos transgressores da ordem jurídica.

3. 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, 01 de outubro de 2013.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LI KWOK KUEN, tendo em vista pretenso constrangimento ilegal praticado pelo Juiz Federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo/SP que, nos autos da Ação Penal nº 2009.61.81.010296-5, indeferiu pedido de utilização dos valores apreendidos para quitação dos tributos referentes ao crime de descaminho.

Os impetrantes narram que se imputa ao paciente o cometimento dos delitos descritos nos artigos 334, § 1º, alíneas “c” e “d” e 288, ambos do Código Penal, em concurso material de delitos.

Afirmam que em setembro de 2009, a Polícia Federal deflagrou a denominada “Operação Wei Jin”, cujo escopo foi desbaratar uma suposta quadrilha especializada na importação de aparelhos celulares sem o devido recolhimento de tributo, sendo que, na ocasião, foram cumpridos diversos mandados de busca e apreensão, um deles na casa do paciente, onde foi encontrada a quantia aproximada de R\$ 208.000,00 (duzentos e oito mil reais).

Dizem que, no transcorrer da instrução criminal, o Ministério Público Federal postulou a expedição de ofício à Receita Federal, a fim de que informasse o valor total dos tributos supostamente sonegados pelo paciente em razão da internação das mercadorias, o que foi deferido. A autoridade fazendária informou que o montante de todos os tributos devidos, incluindo o ICMS, era de R\$ 188.923,00 (cento e oitenta e oito mil, novecentos e vinte e três reais).

Insurgem-se em face da decisão do Juízo *a quo*, entendendo que não é lógico aguardar a ocorrência do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória para, somente então, operar-se o ressarcimento do erário. Aduzem que o STF no HC 85.942 entendeu que o crime de descaminho, por ter nítida natureza tributária, merece o mesmo tratamento conferido aos delitos materiais previstos na lei 8.137/90, qual seja, o pagamento do tributo a qualquer tempo extingue a punibilidade do agente (art. 9º, § 2º, lei 10.684/03). Asseveram que o STJ no HC 139.998 também já aproximou os tratamentos jurídicos dos crimes. Assim, argumentam que o pagamento integral e a qualquer tempo do tributo devido extingue a punibilidade do agente.

Afirmam que o art. 91 do Código Penal objetiva que antes da perda do produto do crime para a União, seja resguardado o direito de ressarcimento do lesado. Alegam que na hipótese dos autos, caso o paciente venha a ser condenado, o destino dos valores com ele apreendidos será o pagamento dos tributos devidos (II, IPI, PIS, COFINS e ICMS) e, somente se houver sobra de valores é que estes poderão ser objeto de confisco.

Asseveram que o fato de o art. 387, IV do CPP determinar a fixação do valor mínimo da reparação do ofendido não afasta ou invalida a disposição do art. 91, II, 2ª parte, do CP, de que o produto do crime deve ser utilizado, prioritariamente, para o ressarcimento do lesado.

Diante disso, requerem a concessão da ordem de *habeas corpus* para determinar a utilização dos valores apreendidos na casa do paciente para quitação dos tributos referentes ao suposto crime de descaminho, extinguindo-se, assim, a sua punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º da lei nº 10.684/03.

Indeferida a liminar (fls. 104).

Parecer da Procuradoria Regional da República em prol de não se conhecer do writ e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 107/110).

Esta Primeira Turma, na sessão de julgamento de 31 de julho de 2012, à unanimidade, acolheu a preliminar arguida pela Procuradoria Regional da República e não conheceu da

impetração (fls. 132/137).

Deferida liminar pelo STJ, nos autos do *Habeas Corpus* nº 255124/SP, para determinar que esta Corte Regional aprecie o mérito do presente writ (fl. 144).

Parecer da Procuradoria Regional da República, em que reitera a manifestação ministerial outrora apresentada (fl. 149).

A Procuradoria Regional da República reitera o parecer ministerial pela denegação da ordem, requerendo seja o presente *habeas corpus* levado em mesa para julgamento com a maior brevidade possível (fls. 162).

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Compulsando os autos verifica-se que não está configurado o constrangimento ilegal.

Embora haja precedente jurisprudencial admitindo em certas hipóteses que o pagamento do tributo possa extinguir punibilidade no crime de descaminho, parece-me que o caso apresenta peculiaridade que se aparta da situação já reconhecida pelos Tribunais, pois não se trata do simples pagamento com recursos lícitos do acusado, mas sim da utilização de valores apreendidos, presumidamente provenientes da atividade delituosa, para o fim de pagar o montante de tributos iludidos.

Com cediço, no caso de mercadorias descaminhadas, o procedimento fiscal conduz à aplicação da pena de perdimento, conforme disposto nos artigos 23 e seguintes do decreto-lei nº 1.455/76, e não à constituição do crédito tributário. Se com relação às mercadorias apreendidas o destino é a pena de perdimento, parece que o dinheiro que seja proveito da prática delituosa também devem ter final semelhante, com o respectivo perdimento em favor da União.

Sobre a impossibilidade de se equiparar o perdimento de mercadorias ao pagamento para fins de extinção da punibilidade, há jurisprudência consolidada.

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. NEGATIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO NA PRÁTICA CRIMINOSA. PERDA DAS MERCADORIAS APREENDIDAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A manutenção da custódia cautelar foi satisfatoriamente motivada ao demonstrar a necessidade da segregação do acusado para se preservar a ordem pública e evitar, assim, a reiteração e a continuidade da atividade ilícita uma vez que o Paciente é contumaz na prática de crimes de descaminho, demonstrando a sua personalidade afeita para a prática de crimes.

2. *O perdimento de bens de procedência estrangeira apreendidos é sanção administrativa, sem relevância sobre a extinção da punibilidade do crime de descaminho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

3. Ordem denegada.

(HC 200703085306, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 28/04/2008 DTPB: Grifei)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. DECRETAÇÃO, PELO ÓRGÃO FAZENDÁRIO, DA PERDA DE MERCADORIAS APREENDIDAS. PRETENSÃO DE SIMILITUDE COM O PAGAMENTO, PARA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. A sanção admi-

nistrativa do perdimento de bens apreendidos, de procedência estrangeira, não se equipara ao pagamento do tributo devido para efeito de extinguir a punibilidade, nos termos do art. 34, da Lei 9.249/95. Recurso não conhecido.

(RESP 199800112464, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 01/03/1999 PG: 00360 RSTJ VOL.: 00123 PG: 00385 RT VOL.: 00765 PG: 00559 DTPB: Grifei)

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PERDIMENTO DE BENS. SIMILITUDE COM O PAGAMENTO PARA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 9.249/95.

- Pacificou-se o entendimento nesta Corte no sentido de que somente deve ser aplicado o princípio da insignificância, nos casos de descaminho de mercadorias, quando o comprometimento que resulta ao erário público pela falta de pagamento dos tributos devidos, não exceder a R\$ 2.500,00.

- *A sanção administrativa do perdimento de bens apreendidos, de procedência estrangeira, não se equipara ao pagamento do tributo devido para efeito de extinguir a punibilidade, nos termos do art. 34, da Lei nº 9.249/95. (precedentes do STJ).*

(HC 200304010362710, LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, TRF4 - OITAVA TURMA, DJ 15/10/2003 PÁGINA: 985. Grifei)

Pois bem, também deve se aplicar raciocínio semelhante ao suposto produto da atividade criminal, especialmente quando se observa que o delito de descaminho não tem natureza puramente fiscal, mas também protege a política de comércio exterior.

Sobrevindo sentença condenatória que reconheça ser a quantia apreendida proveito do crime, o destino da cifra encontrada em poder do paciente deverá ser a perda em favor da União, e não o adimplemento dos tributos devidos. Não parece lógico que o fruto da atividade criminal ilícita seja empregado para salvaguardar o acusado da sanção penal.

Com efeito, o delito de descaminho é qualificado como pluriofensivo, pois a conduta ilícita lesa simultaneamente mais de um bem jurídico tutelado pela lei, isto é, tanto a proteção ao erário, como a regularidade da política de comércio exterior. Logo, não é só a correta arrecadação de tributos que é tutelada pela legislação penal, mas, sobretudo, a efetividade política aduaneira nacional que, em última instância, visa à proteção da indústria local, em virtude da natureza extrafiscal dos tributos incidentes na importação e exportação de bens e serviços (imposto de importação e exportação).

Se fosse possível empregar recursos oriundos da atividade penal ilícita de descaminho para extinguir a punibilidade do próprio delito, restaria ineficaz a tutela jurídica dos bens protegidos pelo crime de descaminho, especialmente os controles aduaneiros do comércio exterior, pois o resultado da atividade criminal, se bem sucedida, impediria que norma penal alcançasse o seu escopo preventivo e repressivo, visto que não haveria punição aos transgressores da ordem jurídica. Daí por que não se mostra razoável, dada a singularidade dos bens jurídicos protegidos pelo descaminho, a hábil exegese defendida na impetração de que o suposto produto do crime (recursos financeiros apreendidos na residência do acusado) possa ser utilizado para pagamento do crédito tributário, pois os interesses do lesado não se restringem apenas ao pagamento do tributo iludido com a prática do descaminho.

Com tais considerações, DENEGO A ORDEM.

Comunique-se ao Ministro Relator do *Habeas Corpus* nº 255124/SP (fl. 144) o julgamento do mérito do presente *writ*.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NELSON PORFIRIO:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por Alberto Zacharias Toron e outros em favor de *Li Kwok Kuen*, por meio do qual objetivam a concessão da ordem para determinar a utilização dos valores apreendidos na residência do paciente para quitação dos tributos decorrentes do cometimento do crime de descaminho, extinguindo-se, assim, a sua punibilidade, nos termos do artigo 9º, parágrafo 2º da Lei nº 10.684/03, nos autos da ação penal nº 2009.61.81.010296-5, que tramita perante a 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP.

O presente *habeas corpus*, de relatoria do e. Desembargador Federal Dr. José Lunar-delli foi levado a julgamento na sessão do dia 17 de setembro de 2013, oportunidade na qual denegou a ordem.

Para melhor analisar o feito, pedi vista do presente *writ*.

Examinando o caso, verifico que a pretensão do impetrante não pode ser deferida, eis que, em caso de descaminho, consistente na internação irregular da mercadoria no país, *não existe a possibilidade de regularização da importação mediante o recolhimento dos impostos não pagos a tempo e modo*.

Isto porque a consequência preconizada pela nossa legislação, nesses casos, é o puro e simples *perdimento da mercadoria*, nos precisos termos do art. 35 do Decreto-lei 37/66. E tanto é assim, que o documento de fls. 33 não é uma guia de recolhimento e nem serve a tal propósito, constituindo *mera estimativa* do valor dos tributos que deixaram de ser recolhidos, conforme consta expressamente em seu teor.

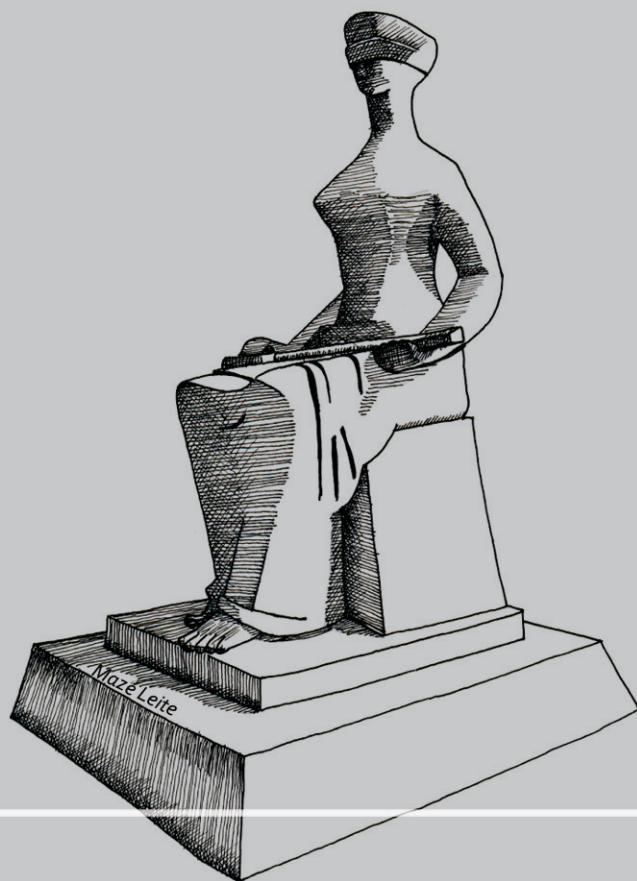
Não há que se falar, portanto, no caso em tela, em extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos devidos, já que este se afigura inviável.

Por esses fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado NELSON PORFIRIO

Direito Previdenciário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0002295-95.2002.4.03.6183

(2002.61.83.002295-6)

Agravantes: NILCE CAROLINE NUNES LEAL E ANA CAROLINA NUNES LEAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 235/240vº

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelante: SONIA MARIA CARNEIRO DE CAMPOS E MARIANA DE CAMPOS LEAL

Apelados: NILCE CAROLINE NUNES LEAL, ANA CAROLINA NUNES LEAL E

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS

Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: AC 1170321

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO. *TEMPUS REGIT ACTUM*.

1 - Tendo o falecimento do segurado ocorrido em 12 de março de 1985, aplicam-se, para efeito de concessão do benefício de pensão por morte, as disposições constantes do art. 38, § 2º, da Lei nº 3.807/60 e art. 49, § 2º, do Decreto nº 89.312/84, vigentes à época. Observância do princípio *tempus regit actum*, bem como do enunciado da Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça.

2 - Impossibilidade de se fazer retroagir os efeitos da Constituição Federal de 1988, de forma a modificar as situações consolidadas e/ou atos jurídicos aperfeiçoados em tempo anterior.

3 - Agravo legal a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo legal, nos termos do voto vista que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Trata-se de agravo interposto pelas litisconsortes passivas Nilce Caroline Nunes e Ana

Carolina Nunes Leal em face da decisão monocrática que deu provimento à apelação, para julgar procedente o pedido, condenando o INSS a efetuar, desde a data da propositura da ação, a divisão do valor da pensão por morte, sendo 50% (cinquenta por cento) para cada família, arcando o INSS e a ré Nilce Carolina Nunes Leal com metade do valor das prestações vencidas desde então, observados os consectários acima discriminados.

Requer a parte agravante seja a matéria reapreciada pela Turma. Alega em preliminar que o julgado é nulo por ser *extra petita*. Aduz que as prestações recebidas por boa-fé não são repetíveis.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

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.

A decisão monocrática não é nula, pois a questão da divisão do valor da pensão, inclusive quanto às parcelas pretéritas, integra a relação jurídica mantida entre beneficiários e INSS, cabendo ao julgador resolvê-las.

Reitero, quanto ao mais, por oportuno, os fundamentos expostos quando de sua prolação:

(...)

As autoras Sonia Maria Carneiro de Campos e Mariana de Campos Leal alegam na petição inicial que o benefício de pensão decorrente da morte de Antonio de Souza Leal, com DIB fixada em 12/03/1985, foi rateado entre as autoras, companheira e filha do falecido, respectivamente, e as rés Nilce Carolina Nunes Leal e Ana Carolina Nunes Leal, ex-esposa e filha do falecido. O rateio deu-se inicialmente na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada família, mas depois, em 1989, o valor foi revisado pela autarquia previdenciária, passando a ser pago na proporção de 10% (dez por cento) às autoras e 90% (noventa por cento) às rés, considerando o estipulado em separação judicial do falecido e sua ex-esposa.

Postulam as autoras que o rateio do valor do benefício se dê conforme inicialmente concedido, isto é, 50% (cinquenta por cento) por família.

Pois bem, o óbito do segurado se deu em 12/03/1985, época em que estava vigente a Lei nº 3.807/60 e o Decreto nº 89.312/84, citadas abaixo:

Lei nº 3.807/60:

“Art. 38. Não se adiará a concessão do benefício pela falta de habilitação de outros possíveis dependentes; concedido o benefício, qualquer inscrição ou habilitação posterior, que implique exclusão ou inclusão de dependentes, só produzirá efeitos a partir da data em que se realizar. (Redação dada pela Lei nº 5.890, de 8.6.1973)

(...)

§ 2º No caso de o cônjuge estar no gozo de prestação de alimentos, haja ou não desquite, ser-lhe-á assegurado o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado. (Incluído pela Lei nº 5.890, de 8.6.1973)”
Decreto nº 89.312/84

“Art. 49. A concessão da pensão não é adiada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produz efeito a contar da data em que é feita.

(...)

§ 2º O cônjuge que, embora desquitado, separado judicialmente ou divorciado, está recebendo alimentos, tem direito ao valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado.

(...)”

Não é difícil constatar que, no presente caso, a legislação vigente à época da concessão do benefício causou enorme iniquidade, que agride não apenas o senso comum de justiça, mas também um sem número de normas do direito positivo voltados à preservação da dignidade da pessoa humana, à isonomia e à proteção da criança e do adolescente.

Por isso, entendo que a legislação acima referida não foi recepcionada pela Constituição Federal, porque contrasta com as seguintes normas e princípios hospedadas no Texto Magno:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

...

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

...

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. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Ora, a regra prevista na legislação pretérita discrimina não apenas um dos filhos do instituidor da pensão, mas também a companheira que vivia com ele na data de seu falecimento, como se fossem pessoas com menos direitos, ou direitos inferiores, às demais pensionistas. Trata-se, à evidência, de norma draconiana, que não leva em linha de conta os princípios da justiça social e da razoabilidade.

No sistema escalonado de normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, não é possível se admitir que a legislação infraconstitucional imprima injustiças ou iniquidades, sob pena de causar graves danos ao tecido social.

Por outro lado, cabe ao juiz, na aplicação da lei, buscar os fins sociais e o bem comum, consoante o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

“Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

In casu, o mínimo que se pode deduzir da situação insólita vivenciada pelas autoras é que a norma prevista no artigo 38, § 2º, da LOPS acima citada não foi recepcionada pelos artigos da Constituição Federal, acima citados.

Afinal, a ré Nilce Caroline de Souza Leal, beneficiária da pensão judicial, permaneceu com 90% (noventa) por cento do valor da renda mensal da pensão por morte, privilegiando o desenvolvimento e a educação de sua filha Ana Carolina Nunes Leal, ao arrepio do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

O outro lado da moeda é que tal situação, insólita e injusta, prejudicou o direito da filha Mariana de Campos Leal a uma vida melhor, porque percipiente de parcos recursos financeiros. Enfim, não é possível acomodar, no direito positivo brasileiro, situações discriminatórias que causam flagrante atentado ao princípio da isonomia.

Tanto que, hoje, segundo a Lei nº 8.213/91, o rateio entre os pensionistas é equânime e todos recebem o mesmo valor a título de renda mensal da pensão por morte.

Em se tratando de filhos, há vários precedentes dos tribunais federais, em várias situações onde determinam seja observada a isonomia:

“ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. RATEAMENTO DO BENEFÍCIO ENTRE A VIÚVA E FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO. POSSIBILIDADE. HABILITAÇÃO NÃO EFETIVADA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO NO VALOR INTEGRAL. REFORMA DA SENTENÇA NO QUE DIZ RESPEITO AOS JUROS DE MORA INSERIDO NAS DIFERENÇAS. 1. Ação ordinária onde a viúva de militar visa ao restabelecimento dos valores integrais a título de pensão por morte de militar, tendo em vista a União ter rateado a sua pensão com a filha do militar, havida fora do casamento. 2. Tendo o falecimento do instituidor da pensão ocorrido em 17 de dezembro de 2002, deve-se aplicar os arts. 7º e 9º da Lei nº 3.765/60 (com redação dada pela Medida Provisória nº 2215-10/2001) à hipótese, leis em vigor na data do óbito do *de cujus*, que dispõem acerca da habilitação e condição da pensão militar. 3. *In casu*, a autora é pensionista militar, desde o óbito do seu esposo (17.12.2002), ex-militar da Força Aérea Brasileira - Comando da Aeronáutica, percebendo desde o início a pensão integral a ela devida, porém, a partir de outubro de 2003 a referida pensão passou a ser rateada com a dita suposta filha do *de cujus* - Maria José de Oliveira. 4. Conforme os artigos 7º e 9º da Lei nº 3.765/60, verifica-se a possibilidade dos filhos/enteados ou menor sob guarda ratearem com a viúva a pensão militar, cabendo a esta a metade da pensão rateada e a outra metade a ser dividida entre eles (filhos/enteados ou menor sob guarda), desde que se trate de menor de 21 (vinte e um) anos de idade, ou quando universitários conte até 24 (vinte e quatro) anos, e na hipótese de invalidez de um destes, enquanto durar a invalidez. Porém, para que a pensão seja concedida a um destes dependentes, se faz necessária a habilitação dos mesmos. 5. Os documentos acostados pela parte apelante demonstram que, de fato o instituidor da pensão em tela, quando em vida, declarou a existência de outros dois filhos, a saber: Antônio José de Oliveira e Maria José de Oliveira, havidos com a Sra. Antônio José dos Santos e nascidos, respectivamente, em 23/01/1954 e 12/06/1955, porém, muito embora rateada a pensão por morte a favor da filha do instituidor - Maria José de Oliveira - não ficou provado nos autos que a referida filha requereu a habilitação a tal benefício, nem que tenha a União passado a pagar o benefício a partir do rateio da pensão. AC 444280-PE (Ac-2) 6. Não é admissível reserva de cota-parte de pensão, nos termos da Lei regimental supracitada, deve-se, então, reconhecer o direito da autora ao restabelecimento da pensão, no seu valor integral, bem como o direito às diferenças dos valores desde o rateio realizado pelo órgão pagador. 7. Deve-se salientar, ainda, que, caso tivesse a citada filha requerido a sua habilitação, caberia a União averiguar se a mesma se enquadrava nas exigências previstas no art. 7º, I, “d”, da Lei nº 3.765/60, redigido pela MP nº 2215-10-2001, antes de ratear o benefício em questão. 8. Quanto aos juros de mora, observe-se que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5% (meio por cento) ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Todavia, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu alteração em junho de 2009, quando foi fixado novo critério de reajuste e incidência de juros de mora, o qual deve ser aplicado na elaboração da conta, a partir do mês de julho de 2009, como preceitua o art. 5º, da Lei nº 11.960/2009. Sendo

assim, os juros de mora devem ser de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009. 9. Apelação e remessa parcialmente providas, para reformar a sentença, apenas, quanto aos juros de mora.” (AC 200783000015587 AC - Apelação Cível - 444280 Relator(a) Desembargador Federal Francisco Wildo Sigla do órgão TRF5 Órgão julgador Segunda Turma Fonte DJE - Data: 06/05/2010 - Página: 350 Decisão UNÂNIME)

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL - RECURSO - CARTA DE SENTENÇA - PLEITO DE EXTRAÇÃO PARA EXECUÇÃO - PRECLUSÃO LÓGICA - ART. 503/CPC - SERVIDOR MILITAR - NETA MAIOR DE IDADE - ADOÇÃO POR AVÔ - ESCRITURA PÚBLICA - CC/16 - POSTERIOR CF/88 - VEDAÇÃO - ART. 227, § 6º, CF/88 E ART. 42, LEI 8069/90 - ECA - PENSÃO POR MORTE - PRECEDENTES. - Cinge-se o cerne da presente hipótese, à apreciação da questão relativa à validade da adoção de descendente por ascendente, *in casu*, neta maior por avô. - *Ab initio*, impende ressaltar a não apreciação do apelo da parte autora subscrito por Marcio da Motta, face a sua desconstituição, e a outorga de poderes à nova patrona - Danielle Morais Bouguignon. - Outrossim, cabe a este Juízo *ad quem* verificar a presença dos requisitos autorizadores do conhecimento ou não do recurso autoral manejado, desta feita sob o patrocínio da nova advogada, o que o habilitará a apreciação do mérito recursal, à vista do requerimento de extração de Carta de Sentença para a execução do julgado pela parte autora, e da ratificação de todos os atos até então praticados, ou seja, desde a propositura da presente ação, com exceção da interposição do recurso de apelação de fls. 66/70 e de eventual contra-razões ao recurso de apelação, subscritos pelo advogado desconstituído. - Inobstante desconstituído o antigo patrono - Marcio da Motta -, através de telegrama postado em 26/03/07, e recebido em 27/03/07, sendo constituída nova advogada - Danielle Morais Bourguignon -, em 29/03/07, por instrumento particular (fls. 73/75), quando do pleito de extração de Carta de Sentença para execução do julgado em 23/03/07 (fl. 58), como se vê do protocolo da Justiça Federal, este ainda era, perante o Juízo, o advogado habilitado a atuar na causa, a uma porque tal pleito (fl. 58), é em muito anterior aos fatos supra citados; a duas, porque a notícia da revogação do mandato só veio a conhecimento da Corte em 30/03/07, às 12:49hs, como se tem do protocolo oficial à fl. 72, e deste Relator, em 07/05/08 (fl. 105); a três, porque aquela, de forma expressa, ratifica todos os atos praticados desde a propositura da ação, inclusive, o pleito em comento (fl. 120). - O requerimento, na hipótese, da extração de carta de sentença, leva à preclusão lógica, o que impede o recurso seja do anterior patrono, seja da atual, tendo em vista a expressa ratificação do pleito e concordância com seus termos pela mesma, forte no art. 503/CPC. - É a conhecida “aquiescência”, que nos termos do mestre Barbosa Moreira (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 13ª edição, ed. Forense, pág. 349), “é, como a renúncia, fato extintivo do direito de recorrer e torna inadmissível o recurso porventura interposto, antes ou depois dela, pelo aquiesscente. Inexistindo outro obstáculo, a decisão transita imediatamente em julgado. O recurso que se interponha após a aquiescência deve ser indeferido; do que já pendia quando ela ocorreu não se deve conhecer.” - “Diz-se lógica a preclusão quando um ato não mais pode ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflue inequivocamente do sistema. A aceitação da sentença envolve uma preclusão lógica de não recorrer. Assim, quando a parte toma conhecimento da sentença, vindo até a pedir sua liquidação, aceita-a tacitamente, não mais lhe sendo dado recorrer.” (Arruda Alvim, *In Manual de Direito Processual Civil*, Volume 1, Parte Geral, 8ª Ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, págs. 536/540).” (STJ, REsp 748259/RS; DJ 11/06/07) - Com efeito. Quando ratificadas integralmente as peças dos autos, também ratificado o intuito de não recorrer, revelando a aquiescência da parte autora, sua resignação com os termos da sentença, a aceitação de seu conteúdo, momento em que restou operada a preclusão lógica, impeditiva do direito de recorrer. - Posteriormente, contudo, re-

quer a reforma do *decisum*, a evidenciar a ausência de suporte lógico do apelo, porquanto, sua interposição é ato incompatível, repita-se, com o direito de recorrer, tudo a conduzir ao seu não conhecimento, forte nos termos do art. 503/CPC, por ausência de interesse recursal, pelo que, restam prejudicadas as imprecizações argüidas quanto à ausência de pressuposto recursal extrínseco do apelo. - Inobstante tais fundamentações, de rigor a análise da questão posta nos autos, por força do recurso do ente federativo, e da remessa necessária, sendo imponível uma breve digressão sobre o instituto da adoção, que nos dizeres de Clóvis Beviláqua, “é o ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho” (Beviláqua, C., *Direito de Família*, p. 473).” (Wilson Donizeti Liberati, in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1995, p. 30), ressaltando-se o escopo de formação e proteção familiar, tendo como fundamento maior, a afeição e o cuidado. - Na hipótese, inobstante se tenha dado a adoção por escritura pública em 03/07/02, esta foi levada a efeito sob a égide do CC de 1916, diploma que permitia a adoção por ascendentes - (tendo em vista que o termo inicial de vigência do Código de 2002, somente se deu em 2003), já vigia a Carta de 1988, que vedava tal adoção, por maltrato ao § 6º, de seu art. 227. - Trata-se de vedação de natureza constitucional fundada no indicado dispositivo constitucional, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. - Embora a referida adoção tenha sido consumada em escritura pública lavrada em 03/07/02, portanto sob a égide do Código Civil de 1916, repita-se, já vigorava o princípio constitucional da igualdade de filhos e não discriminação, o que passou a representar, desde então, impedimento da adoção pelos avós, princípio vedatório confirmado no art. 42 da Lei 8069/90 - ECA, com o escopo de preservação da moralidade nas relações familiares. - Não se podendo olvidar outrossim, a possibilidade deste tipo de adoção como forma de burlar a legislação, propiciando a obtenção de direitos que lhes são vedados pela legislação ordinária pertinente. - Deve ser, portanto, considerado ineficaz, em relação à União, de pleno direito o ato constitutivo da adoção, a uma, por não se mostrarem presentes as razões de ser da adoção - afetividade e cuidado, sinalando-se que o óbito do ascendente ocorreu em 10 de novembro de 2002, ou seja, quatro meses após o referido ato, a par de inexistir, nos autos, qualquer suporte probatório configurador daquelas, irrelevantes, assim os recolhimentos de fls. 91/94, que só foram trazidos em fase recursal, inclusive, com maltrato ao devido processo legal -, se vislumbrando mera formalidade com o escopo de obtenção de benefício/pensão por morte; a duas, porque pensionamento pressupõe dependência econômica, não demonstrada na hipótese; a três, por ausência do elemento essencial como determinado no Estatuto dos Militares e no inciso V, do art. 201/CF - a necessidade. - De rigor, portanto, a reforma do *decisum*, julgando-se improcedente a pretensão autoral. - Precedentes. - Recurso da parte autora não conhecido. Recurso da União Federal e remessa necessária, conhecidos e providos, para julgar improcedente o feito. Sem condenação em custas e verba honorária face à gratuidade de Justiça”. (AC 200451010202230 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 399911 Relator(a) Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador OITAVA TURMA ESPECIALIZADA Fonte DJU - Data: 11/08/2008 - Página: 167).

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EX-COMBATENTE. CONCESSÃO DE PENSÃO. FILHA ADOTIVA. APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE À ÉPOCA DA ADOÇÃO. - Afigura pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de considerar ex-combatente não somente aqueles que participaram efetivamente da Segunda Guerra Mundial no Teatro de Operações da Itália, mas também os que cumpriram missões de segurança e vigilância no litoral brasileiro - Em vista do princípio da irretroatividade das leis, constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, as condições de validade, bem como os efeitos pessoais e patrimoniais da adoção devem ser reguladas pela legislação em vigor à época em que a mesma se efetivou. - Considera-se válida, para efeito de concessão de pensão, a adoção realizada mediante escritura pública, nos termos do então vigente art. 375 do CC de 1916, não sendo exigível a formação de processo judicial, tampouco a assistência efetiva do Poder Público e sentença constitutiva, de que trata

o art. 1.623 e parágrafo único do novo Código Civil. - A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, parágrafo 6º, confere os mesmos direitos aos filhos havidos ou não da relação de casamento, bem como aos adotados, sem designações discriminatórias relativas à filiação. - Atendidos os pressupostos da antecipação da tutela quais sejam, a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável, este decorrente do caráter alimentar de que se reveste o benefício, é de ser concedido o provimento antecipatório. - Agravo improvido". (AG 200502010118049 AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 141938 Relator(a) Desembargador Federal FERNANDO MARQUES Sigla do órgão TRF2 Órgão julgador SEXTA TURMA ESPECIALIZADA Fonte DJU - Data: 05/10/2006 - Página: 187).

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE DE CENTO E VINTE DIAS. CABIMENTO. ARTS. 7º, XVIII, 39, § 3º, 226, 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEIS Nº 8.112/90 E Nº 10.421/02. 1. A licença maternidade de 120 dias é, antes de tudo, um direito conferido ao filho, no sentido de poder contar - nos primeiros meses de vida - com os cuidados e com o afeto da mãe. 2. O § 6º do art. 227 da Carta da República estabelece que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações. 3. No regime celetista, o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 10.421/02, estabeleceu a concessão de licença-maternidade de 120 dias à empregada, nos casos de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano. 4. O direito à licença-maternidade foi expressamente estendido aos servidores públicos por força do disposto no art. 39, § 3º, da Constituição Federal. 5. Se não há qualquer distinção entre filhos havidos ou não da relação de casamento e adotados, afigura-se incompatível com o texto constitucional o disposto no art. 210 da Lei nº 8.112/90, que concede 90 dias de licença-maternidade à servidora adotante, devendo, em casos que tais, deferir-se o prazo de 120 dias. 6. Apelação provida". (MS 200661000150840 AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 294526 Relator(a) JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJF3 CJ2 DATA: 05/03/2009 PÁGINA: 404).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUXÍLIO-NATALIDADE. SERVIDOR ADOTANTE. POSSIBILIDADE. SENTENÇA. ABRANGÊNCIA ESTADUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXO. 1. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos seus filiados. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. 2. O direito à percepção de auxílio-natalidade por servidor adotante é matéria controvertida, porque ao princípio da isonomia opõem-se os da legalidade e da reserva orçamentária, todos de status constitucional e relevância jurídica equivalente. Não obstante, considerando a finalidade da norma legal - arts. 185, I, a, e 196 da Lei nº 8.112, de 1991 - de prover as necessidades imediatas daquele que passou a compor a unidade familiar, necessidades estas que, por serem próprias de qualquer criança, não se distinguem pelo vínculo (biológico ou afetivo) estabelecido com o servidor, tenho que a solução mais adequada é concedê-lo também ao servidor adotante. Em que pese o característico nascimento de filho seja essencial ao legislador, ter um filho, seja pelo vínculo biológico do nascimento, seja pela adoção, acarreta despesas ao servidor, o que justifica a percepção do auxílio pecuniário. 3. A Constituição Federal equiparou os filhos adotados aos naturais, proibindo qualquer tipo de discriminação, ao dispor que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (Art. 227, § 6º, da CF). 4. Em se tratando de ação coletiva proposta por Sindicato de âmbito estadual, representativa dos trabalhadores do Poder Judiciário no Rio Grande do Sul, quaisquer que sejam os órgãos a que estejam vinculados, os efeitos da sentença somente alcançará os associados com domicílio no Estado (art. 8º, III, da CF, c/c artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97,

acrescentada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001). 5. O *quantum* fixado na sentença a título de honorários advocatícios, por irrisório, não remunera, condignamente, o trabalho desenvolvido pelos profissionais que atuaram no feito. Em se tratando de litígio que envolve matéria singela e exclusivamente de direito, a dispensar produção de provas, o mais razoável é estabelecer um valor fixo, porque, além de o artigo 20, § 4º, do CPC, não impor a fixação de percentual incidente sobre o montante da condenação, neste caso, a adoção desse parâmetro seria temerário, ante a inexistência de elementos para estimá-lo (sendo absolutamente desconhecido) e o número significativo de substituídos abrangidos no título judicial”. (PELREEX 200671000217512 APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Relator(a) VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador QUARTA TURMA Fonte D.E. 01/03/2010).

Em relação à autora Sonia Maria Carneiro de Campos, a regra da LOPS sobre a divisão da pensão viola as normas e princípios previstos nos artigos 1º, III; 3º, I e IV; 5º, *caput* da Constituição Federal.

Em relação à autora filha do instituidor da pensão, além das normas e princípios citados no parágrafo anterior, também há violação do parágrafo 6º do artigo 227 do Texto Magno.

Por tais razões, o pedido deve ser julgado procedente e a sentença, reformada.

Por via de consequência, a autora Mariana de Campos Leal tem direito às diferenças até 20/04/2005, quando completou 21 (vinte e um) anos.

Já, a ré Ana Carolina Nunes Leal, filha do instituidor da pensão, não responderá pelas diferenças, uma vez que, quando da data da propositura da ação, em 27/11/2001, já tinha completado 21 (vinte e um) anos, pois é nascida em 19/10/1980 (f. 14).

Indefiro o pedido das litisconsortes passivas para que sejam as autoras condenadas em litigância de má-fé, ante a ausência de quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas na legislação processual civil.

As diferenças pleiteadas na petição inicial são devidas desde a data da propositura da ação, porque não caberia à Administração desobedecer à legislação infraconstitucional vigente na época do fato gerador do benefício (1985), somente cabendo ao Poder Judiciário efetuar o juízo de compatibilidade da legislação com a Constituição Federal.

Não é possível que o INSS seja exclusivamente responsabilizado pela dívida, uma vez que os dois litisconsortes passivos afetados pela relação jurídica (INSS e pensionista Nilce Carolina Nunes Leal) respondem pela dívida.

No que se refere à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos das Súmulas nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e 8 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Quanto aos juros moratórios, esta Turma já firmou posicionamento de que devem ser fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11-01-2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29/6/2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então e, para as vencidas depois da citação, dos respectivos vencimentos.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença de 1º grau de jurisdição, consoante § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil e orientação desta Turma, nos termos da súmula nº 111 do STJ. Por fim, observo no sistema PLENUS que ambas as atuais pensionistas recebem renda mensal idêntica. Seja como for, eventuais valores já pagos na via administrativa deverão ser abatidos do débito.

(...)

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.

O artigo 557 do CPC reveste-se, assim, de plena constitucionalidade, ressaltando-se que alegações de descabimento da decisão monocrática ou nulidade perdem o objeto com a mera submissão do agravo ao crivo da Turma (STJ - Corte Especial, REsp 1.049.974, Min. Luiz Fux, j. 2.6.10, DJ 3.8910).

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*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA:

Por entender que o art. 38, § 2º, da Lei nº 3.807/60 e o art. 49, § 2º, do Decreto nº 89.312/84, vigentes à época do fato gerador (por ocasião do evento morte ocorrido em 12.03.1985), não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal e, em face da regra atual (Lei nº 8.213/91), que determina o rateio de forma equânime entre os dependentes, o ilustre Relator, quando da decisão monocrática ora agravada, decidiu-se por dar provimento à apelação das autoras Sonia Maria Carneiro de Campos e Mariana de Campos Leal para reformar a r. sentença de primeiro grau e julgar procedente o pedido de rateio proporcional do valor da pensão por morte, 50% para cada família, condenando o INSS e a co-ré Nilce Carolina Nunes Leal a arcarem, cada um, com a metade do valor das prestações vencidas desde a data da propositura da ação.

Reproduzo, para maior compreensão dos fatos, o quanto relata a r. decisão agravada:

As autoras Sonia Maria Carneiro de Campos e Mariana de Campos Leal alegam na petição inicial que o benefício de pensão decorrente da morte de Antonio de Souza Leal, com DIB fixada em 12/03/1985, foi rateado entre as autoras, companheira e filha do falecido, respectivamente, e as rés Nilce Carolina Nunes Leal e Ana Carolina Nunes Leal, ex-esposa e filha do falecido. O rateio deu-se inicialmente na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada família, mas depois, em 1989, o valor foi revisado pela autarquia previdenciária, passando a ser pago

na proporção de 10% (dez por cento) às autoras e 90% (noventa por cento) às rés, considerando o estipulado em separação judicial do falecido e sua ex-esposa.

Postulam as autoras que o rateio do valor do benefício se dê conforme inicialmente concedido, isto é, 50% (cinquenta por cento) por família (fl. 235).

As agravantes, desta feita, aduzem que a r. decisão se mostra *extra petita* e, consequentemente, viola o disposto nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, por não haver sido postulado qualquer pedido de devolução de parcelas supostamente pagas a maior. Defendem, ainda, que também se verifica ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, por inobservância ao princípio do *tempus regit actum*. Subsidiariamente sustentam a irrepetibilidade dos alimentos recebidos de boa-fé (fls. 243/265).

O Senhor Relator apresenta voto no sentido de negar provimento ao agravo legal por entender que a decisão agravada teria se orientado pelo entendimento jurisprudencial dominante e, ainda, ser cabível solucionar a questão relacionada às parcelas vencidas, porque integra a relação jurídica havida entre as partes.

Para Sua Excelência, “a regra da LOPS sobre a divisão da pensão viola as normas e princípios previstos nos artigos 1º, III; 3º, I e IV; 5º, *caput* da Constituição Federal” e, “Em relação à autora filha do instituidor da pensão, além das normas e princípios citados no parágrafo anterior, também há violação do parágrafo 6º do artigo 227 do Texto Magno”.

Pedi vista dos autos para melhor me apropriar da matéria, trazendo agora o meu voto que, com a devida vênia, se apresenta em sentido contrário ao proposto pelo ilustre colega e douto magistrado.

De plano é de se observar que os precedentes jurisprudenciais destacados pelo eminente Relator correspondem a fatos ocorridos depois de estabelecida a atual ordem constitucional, não se aplicando diretamente à pensão por morte disputada nestes autos, porque decorrente do sinistro assentado em março de 1985 (fl. 12).

Pondere-se, ainda, que os Diplomas Constitucionais anteriores já contemplavam o princípio da igualdade, inclusive a Constituição de 1946 (arts. 141, 1º, e 157, II), sob a qual se editou a Lei nº 3.807/60, aplicável ao caso dos autos. Daí porque me ocorreu que não se trata sequer de ter essa norma infraconstitucional como não recepcionada pela Constituição atual, mas de compreender a sua diretriz legislativa em contexto com a Carta Magna correspondente ao seu próprio tempo.

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1967 (com a Emenda Constitucional 1/69), em seu art. 153, § 1º, manteve a vedação a qualquer tipo de discriminação ao estabelecer que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

O inc. V do art. 201 da Constituição Federal de 1988 nada mais é do que o princípio da igualdade insculpido no art. 5º aplicado à esfera previdenciária e, sendo a igualdade um direito fundamental (inserida no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais), tem aplicação e eficácia imediatas, conforme § 1º do mesmo art. 5º.

Não obstante, não se firmou na jurisprudência a possibilidade de fazer retroagir os efeitos da Constituição Federal de 1988 de forma a modificar as situações consolidadas e/ou atos jurídicos aperfeiçoados em tempo anterior, ainda que com ela se mostrem incompatíveis.

Relembro, por exemplo, das hipóteses em que marido não inválido postulava pensão por morte em decorrência de óbito da esposa ocorrido antes da sua promulgação. A questão até hoje encontra acirrado debate quando a morte se dá após outubro de 1988 e antes da edição

da Lei nº 8.213/91. No entanto, não há controvérsia acerca da impossibilidade de concessão para fato gerador ocorrido antes da novel Constituição.

Nesse sentido, trago precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. EXTENSÃO AO VIÚVO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. C.F., ART. 5º, I; ART. 195 E SEU § 5º; ART. 201, V.

I - A extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, *caput*, e seu § 5º, e art. 201, V. da Constituição Federal.

II - R.E. conhecido e provido.

(RE nº 204.193, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.2002)

De outra parte, devo destacar que os princípios da isonomia e da igualdade (art. 5º) insculpidos na Constituição Federal de 1988 não importam em tratar de forma invariavelmente equivalente todo e qualquer cidadão, nem implica em desconsiderar as variáveis condições de cada um dos litigantes, sob pena de admitirmos tais preceitos basilares apenas sob o ponto de vista formal. A igualdade real ou substancial é a que realmente alcança a proteção da Lei Maior, em seu art. 5º, *caput*.

Vejamos o caso dos autos:

Na inicial de fls. 02/05 as autoras Sonia Maria e sua filha Mariana sustentam que, com a morte do segurado, “houve redução no padrão de vida de ambas as famílias, e ambas as famílias possuem necessidades básicas, não sendo justo um filho prover 90% (noventa por cento) do rendimento do FALECIDO e a outra filha ficam com apenas 10% (DEZ POR CENTO), (doc. fls. ...) valor este insuficiente e injusto”.

Embora as próprias demandantes se encarreguem de esclarecer que “O valor da Pensão das Requeridas, foi determinada nos autos de Divórcio da Separação Consensual nº 1.886/1981, que tramitou na 4ª Vara da família do Foro Central, na época da Separação o ‘DE CUJUS’, possuía uma situação financeira boa, e o valor da Pensão foi baseado em seu salário da época”, as mesmas prosseguem aduzindo que não acham justo “após a morte do ‘de cujus’, apenas a primeira família se beneficiar (doc. fls. 20/25) e a segunda família ficar passando necessidade, pois filhos é filhos e merece o mesmo tratamento de igualdade” (fl. 04).

Os argumentos da parte autora, teoricamente lançados, sugerem uma discriminação absurda e, realmente incompatível com a nova ordem constitucional e mesmo com as que a precederam. Não obstante, é preciso completar a análise dos elementos concretos e a verdade dos fatos de forma a assegurar neste processo a igualdade de tratamento a ser dispensada às dependentes do mesmo segurado falecido.

O extinto segurado Antonio Fonseca de Souza Leal, que era ADVOGADO e, portanto, perfeitamente esclarecido de seus direitos e do poder de dizê-lo em nome próprio, protocolou, juntamente com a requerida Nilce Carolina Nunes Leal, ação de separação judicial, a qual teve o seu trâmite junto ao Juízo de Direito da 4ª Vara da Família e Sucessões desta Capital.

Porque casado sob o regime de separação de bens e tinham em comum uma filha de apenas um ano de idade (a requerida Ana Carolina Nunes Leal), o mesmo se comprometeu “a contribuir para a criação e educação da filha menor, mensalmente, com a quantia de CR\$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros)” e a pagar para a ex-mulher “uma pensão alimentícia no montante de Cr\$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros)”, valores esses que seriam depositados até

o dia 12 de todos os meses, em conta bancária (fls. 14/15).

Além disso, ele também se comprometeu a “contribuir para a habitação da suplicante-mulher e sua filha, com a quantia mensal de CR\$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros), que deixará de ser devida tão logo seja outorgada à filha a escritura do imóvel” que se achava em processo de aquisição em nome dela (fl. 16).

Desse acordo, homologado judicialmente em 19 de outubro de 1981 (fl. 13), já se tem o suficiente para concluir que os noventa mil cruzeiros resultantes da soma do valor da pensão alimentícia deixada para a filha com o da sua ex-mulher *não podiam corresponder a exatamente 90% (noventa por cento) da renda do então suplicante*, pois, desse modo, estaria ele dispondo de 105% (cento e cinco por cento) do seu ganho a elas duas, tendo em vista a quantia destinada à habitação. É evidente que lhe sobrava outra fonte de rendimentos da qual extraia o seu próprio sustento e é dela que derivava a sua manutenção e a da família constituída depois da separação.

A requerente Sonia Maria Carneiro de Campos, após a separação judicial estabelecida nos termos acima, passou a conviver com o *de cujus* e com ele teve uma filha, Mariana de Campos Leal (a segunda requerente), que nasceu em 20.04.1984 (fl. 10), ou seja, dois anos e seis meses depois do compromisso firmado pelo companheiro e pai na ação de separação judicial.

O óbito ocorreu em 12.03.1985 (fl. 12), um ano após o nascimento dessa última criança. No entanto, não se tem nos autos informação a respeito de eventual pedido de revisão da pensão alimentícia ou de sua possível inadimplência.

O que impressiona, na verdade, é o percentual estabelecido em acordo judicial sobre a renda declarada do *de cujus*. No entanto, dos fatos até aqui relatados conclui-se que a manutenção da família anterior não interferia no sustento das requerentes. Tem-se, também, que o falecido advogado realmente *possuía uma situação financeira boa* (como afirmam na inicial), pois era capaz de manter a nova prole independente do salário sobre o qual recaía a pensão alimentícia da ex-mulher e da sua filha, ainda que o seu ganho real aqui não se apresente revelado por inteiro.

Não vejo, portanto, “após a morte do *de cujus*, apenas a primeira família se beneficiar (doc. fls. 20/25) e a segunda família ficar passando necessidade” como alega a demandante, mas a continuidade de uma situação preestabelecida que, no que diz respeito às requeridas, nada mais é do que o direito adquirido em decorrência de decisão judicial transitada em julgado na Vara da Família que a própria lei previdenciária da época do óbito tratava expressamente de respeitar.

Com efeito, conforme destaca o voto do eminente relator, à época do óbito do segurado vigia a Lei nº 3.807/60 que, em seu art. 38, § 2º, incluído pela Lei nº 5.890, de 8.6.1973, estabelecia: “No caso de o cônjuge estar no gozo de prestação de alimentos, haja ou não desquite, ser-lhe-á assegurado o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado”.

O Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, por sua vez, estabelecia, *in verbis*:

Art. 126. Quando a pensão tem de ser paga em separado a dependentes diversos, o seu valor global é rateado, em partes iguais, entre todos eles, atribuindo-se a cada um a sua cota individual, observado o disposto no artigo 127.

Art. 127. Quando um dos dependentes é o cônjuge ou ex-cônjuge com direito à prestação de alimentos, o rateio da pensão se faz da forma seguinte:

I - se a prestação alimentícia tiver sido arbitrada em percentagem dos ganhos do segurado, a

cota do cônjuge ou ex-cônjuge corresponde sempre à mesma porcentagem do valor global da pensão, destinando-se o restante aos demais dependentes;

II - se a prestação alimentícia tiver sido arbitrada em valor absoluto, a cota do cônjuge ou ex-cônjuge corresponde a esse valor, rateando-se o restante, se for o caso, entre os demais dependentes.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a extinção das parcelas individuais obedece às normas seguintes:

- a) se o valor da cota do cônjuge ou ex-cônjuge é igual ou inferior ao da parcela familiar, a extinção das parcelas individuais se faz pelo seu valor efetivo;
- b) se o valor da cota do cônjuge ou ex-cônjuge é superior ao da parcela familiar, a extinção das parcelas individuais correspondentes aos demais pensionistas se faz pelo valor que resulta do rateio entre eles, em partes iguais, do restante da pensão.

No mesmo sentido o Decreto nº 89.312/84, o qual previa que “O cônjuge que, embora desquitado, separado judicialmente ou divorciado, está recebendo alimentos, tem direito ao valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado” (art. 49, § 2º).

Incide, *in casu*, a Súmula nº 340 do Colendo Superior Tribunal de Justiça que comporta o seguinte enunciado:

A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Sendo assim, conquanto respeitável o entendimento do eminente Juiz Federal Convocado Relator, devo divergir, para propor o acolhimento do agravo legal e a reforma da decisão agravada de forma a resguardar a correspondência entre o valor da pensão por morte de ambas as requeridas, com o valor arbitrado a título de pensão alimentícia e destinar o restante às autoras.

Nesse sentido já se assentou a jurisprudência do STJ. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO DO BENEFÍCIO. ESPOSA, NA CONDIÇÃO DE SEPARADA DE FATO, E COMPANHEIRA. APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE AO TEMPO DO EVENTO MORTE DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. DECRETO Nº 89.312/84.

I - No rateio do benefício de pensão por morte entre a esposa, na condição de separada de fato, e a companheira, aplica-se a lei vigente à época da morte do instituidor.

II - *In casu*, tendo o evento morte ocorrido em 12/10/87, incidente o Decreto nº 89.312/84, art. 49, § 2º, que determina o pagamento da pensão por morte no valor arbitrado judicialmente à título de pensão alimentícia, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado.

Recurso especial desprovido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 1.037.730, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 05.05.2009, DJ 01.06.2009)

Ante o exposto, pedindo vênias ao ilustre Relator, pelo meu voto, *dou provimento ao agravo legal para reformar a decisão agravada e julgar improcedente o pedido das autoras*, nos termos da fundamentação. Sem condenação em verbas honorárias por serem beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0000271-36.2004.4.03.6115

(2004.61.15.000271-9)

Parte Autora: FRANCISCA FERNANDES FREITAS

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: REOMS 280836

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/10/2013

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE MAIOR DESIGNADO (FILHA). PENSIONISTA DO SEXO FEMININO. CASAMENTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 8.213/91. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.213/91. APLICAÇÃO DO DECRETO 89.312/84 POR FORÇA DO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. CASAMENTO E, NÃO A EMANCIPAÇÃO, COMO MOTIVO DA CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 50, II DO DECRETO 89.312/84. EXTINÇÃO DA PENSÃO POR MORTE EM RAZÃO DO CASAMENTO. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO E DENEGAR A SEGURANÇA.

1. O Decreto 89.312/84 estabelecia em seu artigo 50, II, que a cota da pensão se extinguia, para a pensionista do sexo feminino, pelo casamento.
2. Com a edição da Lei 8.213/91, o casamento não mais constitui motivo de extinção da pensão para a beneficiária do sexo feminino.
3. Ocorre que, tendo em vista o princípio *tempus regit actum* aplica-se a lei vigente à época do óbito, no caso o Decreto nº 89.312/84.
4. Inaplicável, portanto, a Lei 8.213/91, ainda que mais benéfica.
5. Embora a impetrante tenha se casado sob a égide da Lei 8.213/91, quando o casamento não mais constituía hipótese de cessação do benefício, tal fato torna-se irrelevante, uma vez que, quando da concessão, a impetrante já tinha conhecimento de que eventual casamento cessaria seu benefício. Dessa forma, não há que se falar em direito adquirido.
6. Em que pese o INSS tenha declarado como motivo da cessação do benefício o fato da impetrante ter “se emancipado através do casamento” o real motivo que ensejou tal cessação foi simplesmente o casamento, e não a emancipação propriamente dita, posto que, quando da concessão do benefício a autora já era maior de idade e civilmente capaz.
7. O fundamento do casamento da impetrante constitui motivo legítimo para cessação do benefício, tendo em vista que a legislação que motivou a concessão do benefício é também a adequada para estabelecer as hipóteses de sua cessação.
8. Assim, deve ser aplicado ao caso o art. 50, II, extinguindo-se o benefício de pensão por morte em razão do casamento.
9. Reexame necessário provido para julgar improcedente o pedido e denegar a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento ao reexame necessário para julgar improcedente o pedido e denegar a segurança*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de setembro de 2013.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de reexame necessário de sentença em mandado de segurança que julgou procedente o pedido, concedendo segurança a fim de reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante ao restabelecimento do benefício de pensão por morte nº 21/79.615.366-3, a partir da data de sua indevida cessação.

Às fls. 24/49 a autoridade impetrada apresentou informações e documentos.

A liminar foi deferida às fls. 51/55.

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo desprovimento da remessa oficial (fl. 93).

É o breve relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Preliminarmente, o mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.

É admissível quando há demonstração, com as provas juntadas com a petição inicial, sobre os fatos de que decorre o alegado direito líquido e certo, o que se faz de regra pela juntada de documentos que não deixem margem a dúvidas que exijam produção de outras provas para sua verificação fática, o que é inadmissível no rito especial do *mandamus*.

Na hipótese dos autos, as provas documentais juntadas aos autos são suficientes para analisar o pedido do impetrante.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Busca a impetrante a concessão da ordem, com pedido liminar, para que a autoridade coatora seja compelida a restabelecer o benefício de pensão por morte de seu pai, concedido na condição de dependente maior designado, cancelado sob fundamento de perda da qualidade

de dependente em razão de emancipação através do casamento.

Para análise do pedido da impetrante faz-se necessário uma breve digressão sobre a legislação que envolve o tema.

A concessão do benefício (DIB em 22.12.1986) se deu na vigência do Decreto nº 89.312 de 23/01/1984. Tal legislação estabelecia, em seu artigo 10, II, a possibilidade da pessoa designada do sexo feminino, sem restrição de idade, poder ser beneficiária da pensão por morte. No caso, a lei só apresentava condições, ou, melhor dizendo, restrições no que tange à idade ou incapacidade, às pessoas designadas do sexo masculino:

Art. 10. Consideram-se dependentes do segurado:

[...]

II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só pode ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, ou inválida;

[...]

Note-se que, quanto à pessoa designada do sexo feminino, não há restrição quanto à idade. Portanto, mesmo que à época a autora já contasse com 45 anos, o ato concessório preencheu os requisitos de validade, sendo devido o benefício na condição de pessoa designada.

O mesmo Decreto estabelecia em seu artigo 50, II, que a cota da pensão se extinguia, para a pensionista do sexo feminino, pelo casamento, *in verbis*:

Art. 50. A cota da pensão se extingue:

I - pela morte do pensionista;

II - *para o pensionista do sexo feminino, pelo casamento*; (grifo nosso)

III - para o filho ou irmã, quando, não sendo inválido, completa 18 (dezoito) anos de idade;

IV - para a filha ou irmão, quando, não sendo inválida, completa 21 (vinte e um) anos de idade;

V - para o dependente designado do sexo masculino, quando, não sendo inválido, completa 18 (dezoito) anos de idade;

VI - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez,

§ 1º Salvo na hipótese do item II, não se extingue a cota da dependente designada que, por motivo de idade avançada, condição de saúde ou encargos domésticos, continua impossibilitada de angariar meios para o seu sustento.

§ 2º Para extinção da pensão, a cessação da invalidez deve ser verificada em exame médico a cargo da previdência social urbana.

Ocorre que, com a edição da Lei 8.213/91, o casamento não mais constitui motivo de extinção da pensão para a beneficiária do sexo feminino. O artigo 77 da Lei 8213/91, em sua forma originária, elenca as hipóteses nas quais se opera a extinção do benefício, sendo que o casamento não mais se encontra neste rol:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista:

I - será rateada entre todos, em partes iguais;

II - reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

1º O direito à parte da pensão por morte cessa:

a) pela morte do pensionista,

b) para o filho ou irmão ou dependente designado menor, de ambos os sexos, que completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido;

c) para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez,

2º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão se extinguirá.

O artigo 77 da Lei 8.213/91 foi alterado posteriormente pelas Leis 9.032/95 e 12.470/11 passando a ter a seguinte redação:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

I - pela morte do pensionista; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

III - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) (grifo nosso)

III - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

[...]

Ocorre que, tendo em vista o princípio *tempus regit actum* aplica-se a lei vigente à época do óbito, no caso o Decreto nº 89.312/84. Quanto ao tema, cito jurisprudência deste E. Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. FILHO MENOR. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. CERTIDÕES DE NASCIMENTO. CONDIÇÃO DE SEGURADO DO FALECIDO NÃO COMPROVADA. - *Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio tempus regit actum.* - A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91. - Sendo os autores filhos menores do de *cujus*, a dependência é presumida (art. 16, § 4º, da LBPS). - Qualidade de segurado não comprovada nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.213/91. - Beneficiários da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação dos autores ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte. - Apelação do INSS provida para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Julgo prejudicada a apelação das autoras.

(AC 00136407020134039999, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/08/2013 FONTE_REPUBLICACAO) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. JULGAMENTO DE APELAÇÃO PELO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. SEGURADO INSTITUIDOR APOSENTADO SOB A ÉGIDE DA LEI 1.756/52 E DO DECRETO 36.911/55. REVISÃO DOS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO E REAJUSTE DO BENEFÍCIO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEI 5.698/71 INAPLICABILIDADE. LEI 11.960/09. APLICAÇÃO COM RELAÇÃO À CORREÇÃO MONETÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de julgamento da apelação pelo permissivo do Art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, nas hipóteses previstas pelo legislador. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, a teor do disposto no

caput, do Art. 557 do CPC, sendo pacífica a jurisprudência do STJ a esse respeito. 2. *É firme a jurisprudência pátria no sentido de que os benefícios previdenciários estão submetidos ao princípio tempus regit actum, devendo ser regrados pelas leis vigentes à época de sua concessão, o que impede que alterações posteriores na legislação previdenciária retroajam seus efeitos para atingir os fatos anteriormente constituídos.* 3. Tendo em vista que o benefício instituidor foi concedido ao cônjuge falecido da impetrante sob a égide da Lei 1.756/52 e do Decreto 36.911/55, revela-se incabível sua modificação com base na Lei 5.968/71, por contrariar o firme entendimento jurisprudencial pátrio consolidado sobre a matéria. 4. No que tange à correção monetária, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica, a partir da vigência da Lei 11.960/09. 5. Agravo parcialmente provido.

(APELREEX 00125557020084036104, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2013 FONTE_REPUBLICACAO) (grifo nosso)

Assim inaplicável ao presente caso a Lei 8.213/91, não podendo, este julgador valer-se de tal lei, ainda que mais benéfica, devendo, pois, ser aplicado o Decreto nº 89.312/84.

Note-se que tal legislação, em seu artigo 50, inciso, II estabelecia o casamento como hipótese de extinção da pensão por morte, para a pensionista do sexo feminino. Assim, muito embora a impetrante tenha se casado sob a égide da Lei 8.213/91, quando o casamento não mais constituía hipótese de cessação do benefício, tal fato torna-se irrelevante, uma vez que, quando da concessão, a impetrante já tinha conhecimento de que eventual casamento cessaria seu benefício. Dessa forma, não há que se falar em direito adquirido.

Ressalte-se ainda que, muito embora o INSS tenha declarado como motivo da cessação do benefício o fato da impetrante ter “se emancipado através do casamento” (ofício de fls. 13), o real motivo que ensejou tal cessação foi simplesmente o casamento, e não a emancipação propriamente dita, uma vez que o instituto da emancipação, previsto no ordenamento civil não se aplica ao caso, posto que, quando da concessão do benefício a autora já era maior de idade e civilmente capaz, fato já conhecido pelo INSS, tanto que concedeu o benefício à impetrante na qualidade de “pessoa designada (filha maior solteira)” - fls. 24.

Desta forma, concluo que o fundamento do casamento da impetrante constitui motivo legítimo para cessação do benefício, tendo em vista que a legislação que motivou a concessão do benefício é também a adequada para estabelecer as hipóteses de sua cessação. Assim, deve ser aplicado ao caso o art. 50, II, extinguindo-se o benefício de pensão por morte em razão do casamento.

Assim, do conjunto probatório coligido aos autos, não assiste direito líquido e certo à impetrante ao restabelecimento do benefício. De rigor, portanto, a reforma da sentença.

Posto isso, com fundamento no artigo 557, *caput*, DOU PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO E DENEGAR A SEGURANÇA.

Publique-se. Intimem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002883-34.2005.4.03.6107

(2005.61.07.002883-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 173/176Vº

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: LUCAS DOS SANTOS LESSA (incapaz) E LUANE DOS SANTOS LESSA (incapaz)

Representante: ANDRE LUIZ LESSA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: ApelReex 1354380

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE. MENORES SOB GUARDA. ÓBITO APÓS A LEI Nº 9.528/97. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA 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 desta Corte.

- Não houve a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes, uma vez que o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Tal norma prevalece sobre a lei previdenciária, uma vez que se encontra fundamentada em dispositivo constitucional, que prevê a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88).

-Tendo em vista as Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, o INSS editou a IN INSS/D nº 106, de 14.04.2004, prevendo que menores sob guarda judicial mantêm a condição de dependente mesmo após a publicação da Lei 9.528/1997, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins.

- Quanto à comprovação da dependência econômica, da análise dos documentos de fls. 28/39, verifica-se que a falecida ingressou em 28/06/2002 com ação judicial objetivando a concessão da guarda dos autores, com a concordância do pai dos mesmos, sendo que foi proferida sentença homologando tal pleito em 22/08/2012. Muito embora essa sentença tenha sido proferida 01 (um) dia após a data do óbito da avó, creio que esse provimento judicial revelava situação de fato e de direito que já se verifica antes de 22/08/2012. Da análise das principais peças do referido processo, verifica-se que as crianças já se encontravam residindo juntamente com a falecida antes mesmo de esta ingressar com a ação de guarda. Tanto é assim que o principal argumento utilizado pelo MM. Juiz que proferiu a sentença homologatória foi o de que as crianças já estavam perfeitamente adaptadas ao ambiente em que viviam (residência da avó). Ademais, os recibos e a declaração expedida pelo Colégio Brincando e Aprendendo (fls. 26/27) demonstram que a *de cujus* era a pessoa responsável pelo pagamento

das despesas escolares dos autores. Lembre-se, ao teor do colhido nos autos, que os requerentes viviam com a falecida ao tempo do óbito em foco.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- 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, 11 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de agravo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS com fulcro no art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 173/176 verso dos presentes autos que, nos termos do artigo 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, negou provimento à apelação do INSS e deu parcial provimento à remessa oficial, tão somente para reduzir os honorários advocatícios e fixar os critérios de correção monetária e juros de mora, mantendo no mais a r. sentença que julgou procedente o pedido que objetiva a concessão do benefício de pensão por morte na condição de netos e menores sob guarda da *de cujus*.

Sustenta o agravante, em síntese, a impossibilidade de julgamento na forma do artigo 557 do CPC. No mérito, aduz, em síntese, que a parte autora não se enquadra no conceito de menor tutelado e o óbito da segurada se deu quando vigorava a Lei nº 9.528/97, além do que não foi comprovada a dependência econômica da parte autora em relação à falecida. Afirma não ser o caso de aplicação da norma do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conclui que a concessão do benefício viola os artigos 195, § 5º e 201, *caput* e V, da Carta Magna, além do artigo 125 da Lei nº 8.213/91.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. PENSÃO POR MORTE. MENORES SOB GUARDA. ÓBITO APÓS A LEI Nº 9.528/97. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA 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 desta Corte.
- Não houve a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes, uma vez que o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Tal norma prevalece sobre a lei previdenciária, uma vez que se encontra fundamentada em dispositivo constitucional, que prevê a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88).
- Tendo em vista as Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, o INSS editou a IN INSS/D nº 106, de 14.04.2004, prevendo que menores sob guarda judicial mantêm a condição de dependente mesmo após a publicação da Lei 9.528/1997, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins.
- Quanto à comprovação da dependência econômica, da análise dos documentos de fls. 28/39, verifica-se que a falecida ingressou em 28/06/2002 com ação judicial objetivando a concessão da guarda dos autores, com a concordância do pai dos mesmos, sendo que foi proferida sentença homologando tal pleito em 22/08/2012. Muito embora essa sentença tenha sido proferida 01 (um) dia após a data do óbito da avó, creio que esse provimento judicial revelava situação de fato e de direito que já se verifica antes de 22/08/2012. Da análise das principais peças do referido processo, verifica-se que as crianças já se encontravam residindo juntamente com a falecida antes mesmo de esta ingressar com a ação de guarda. Tanto é assim que o principal argumento utilizado pelo MM. Juiz que proferiu a sentença homologatória foi o de que as crianças já estavam perfeitamente adaptadas ao ambiente em que viviam (residência da avó). Ademais, os recibos e a declaração expedida pelo Colégio Brincando e Aprendendo (fls. 26/27) demonstram que a *de cujus* era a pessoa responsável pelo pagamento das despesas escolares dos autores. Lembre-se, ao teor do colhido nos autos, que os requerentes viviam com a falecida ao tempo do óbito em foco.
- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
- Agravo desprovido.

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Não é de ser provido o agravo.

Com efeito, é firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

Previdenciário. Pensão por morte da avó. Menores sob guarda. Comprovada a dependência econômica. Benefício concedido.

Trata-se de ação previdenciária ajuizada por LUCAS DOS SANTOS LESSA e LUANE DOS SANTOS LESSA, ambos menores, representados por ANDRÉ LUIS LESSA, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do óbito de Carmem Lopes Lessa (avó paterna dos autores).

A r. sentença (fls. 75/80) julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder aos autores o benefício de pensão por morte, a partir do requerimento administrativo, nos termos do artigo 74, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Condenou ainda o INSS ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais).

Sentença submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS ofertou apelação (fls. 85/97), alegando que o óbito da avó dos autores ocorreu na vigência da nova regra legal, a qual excluiu o menor sob guarda do rol dos dependentes para fins de pensão, bem como não restou comprovada a alegada dependência econômica.

Com as contrarrazões (fls. 110/121), vieram os autos a esta Corte.

Por meio das petições de fls. 138/140 e 145/149, os autores requereram a concessão da tutela antecipada.

Em Parecer de fls. 158/166, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento da remessa oficial e da apelação do INSS.

Decido.

Verifico que o presente caso contém os elementos que permitem a aplicação do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. STJ. Isso porque as questões discutidas neste feito já se encontram pacificadas pela jurisprudência, consentindo aplicar-se a previsão em comento, tendo em vista julgamentos exarados em casos análogos.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência) a serem observados para a concessão da pensão por morte são os previstos nos arts. 74 a 79, todos da Lei 8.213/1991. Por força desses preceitos normativos, a concessão do benefício de prestação continuada em questão depende, cumulativamente, da comprovação: a) do óbito ou morte presumida de pessoa que seja segurada (obrigatória ou facultativa); b) da existência de beneficiário dependente do *de cujus*, em idade hábil ou com outras condições necessárias para receber a pensão.

Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), essa decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes (embora sem carência, consoante o art. 26, I, da Lei 8.213/1991). Convém lembrar que o art. 15 da Lei 8.213/1991 prevê circunstâncias nas quais é possível manter a condição de segurado, independentemente de contribuições (em regra fixando prazos para tanto), além do que também será garantida a condição de segurado ao trabalhador que não tiver vínculo de emprego devidamente registrado em CTPS (devendo, nesse caso, comprovar o labor mediante início de prova documental). Ainda é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante. Acrescente-se, afinal, o disposto no art. 102 da Lei 8.213/1991, segundo o qual será assegurada a pensão se, ao tempo do óbito, o *de cujus* já reunia todos os requisitos para aposentadoria. Não se deve confundir a condição de segurado com a exigência de carência (vale dizer, comprovação de certo número de contribuições para obtenção de benefícios previdenciários). Disso decorre serem inaplicáveis ao presente caso as disposições do art. 24, p. único, da Lei 8.213/1991, pois a exigência de recolhimento de 1/3 do número de contribuições de que trata esse dispositivo se faz visando ao aproveitamento, para fins de carência, das contribuições previdenciárias pertinentes a período anterior à perda da condição de segurado. Esse dispositivo não tem incidência no caso em tela justamente porque a pensão por morte independe de carência, ao teor do art. 26, I, da Lei 8.213/1991.

No tocante à condição de dependente, os requerentes, ambos atualmente com 15 (quinze) anos de idade, alegam possuir direito à pensão por morte em razão do falecimento de sua avó, uma vez que desde que nasceram passaram viver e a ser criados por esta, já que foram abandonados pela mãe.

A esse respeito, necessário se faz analisar o art. 16 da Lei nº 8.213/91, que traz o rol de pessoas consideradas dependentes do segurado, para fins previdenciários. Tal dispositivo legal possuía, originalmente, a seguinte redação:

“São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

(...)

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.” Contudo, em 11/10/1996, a Medida Provisória nº 1.523, que posteriormente foi convertida na Lei nº 9.528/97, deu nova redação à referida norma, assim dispondo:

“§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.” A partir dessa alteração legislativa, surgiu o entendimento de que a atual redação não mais contemplaria, como dependente, o chamado “menor sob guarda”, mantendo-se tal condição apenas para o enteado e o menor tutelado.

Todavia, a meu ver, não houve a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes, uma vez que o art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Tal norma prevalece sobre a lei previdenciária, uma vez que se encontra fundamentada em dispositivo constitucional, que prevê a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88). A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E CONHECIMENTO - AGRAVO DO ART. 557, § 1º DO CPC - PENSÃO POR MORTE - MENOR SOB GUARDA - IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - AGRAVO IMPROVIDO.

A autora junta aos autos o ‘Termo de Entrega sob Guarda e Responsabilidade’, expedido pelo Juiz de Menores da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Piracicaba nos autos de nº 1117/94, através do qual, a autora foi entregue à Sr. Zelina de Camargo Alves em 28/07/1997, nos termos do artigo 33 e seguintes do ECA por prazo indeterminado. Há, portanto, prova útil a demonstrar ter sido a autora tutelada judicialmente pela sua avó falecida, a possibilitar a aplicação do parágrafo 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. A nova redação dada pela Lei nº 9.528/97 ao parágrafo 2º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, não teve o condão de excluir o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, haja vista que a guarda, nos termos do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda vigente, confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Agravo interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC, improvido.” (AC nº 1156947, Sétima Turma, rel. Des. Fed. Leide Polo, j. 14/03/2011, maioria, DJF3 18/03/2011, p. 946)

Além disso, tendo em vista o julgado nas Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, o INSS editou a IN INSS/D nº 106, de 14.04.2004, prevendo que menores sob guarda judicial mantêm a condição de dependente mesmo após a publicação da Lei 9.528/1997, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins.

“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - ÓBITO EM 1998 - LEI 8.213/91 - MENOR SOB GUARDA.

I. Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual *tempus regit actum* impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado.

II. Na data do óbito o falecido mantinha a qualidade de segurado, uma vez que já foi concedido o benefício de pensão por morte à viúva.

III. Em razão de decisões proferidas em Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, o INSS editou a IN INSS/D nº 106, de 14.04.2004, que estabeleceu que os menores sob guarda judicial continuam mantendo a condição de dependente mesmo após a publicação da Lei 9.528/97, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Sergipe e Tocantins.

IV. A guarda judicial foi concedida apenas à viúva. Entretanto, há prova de que o autor esteve, desde aproximadamente os 6 (seis) meses de idade, sob os cuidados da família do falecido.

V. Não foram esclarecidas as razões pelas quais somente Inacília requereu a guarda. O INSS estava presente na audiência, podia ter perguntado, mas não o fez.

VI. Negar o benefício com esse fundamento seria formalismo exagerado e negação da situação de fato, o que não se compadece com a natureza dos direitos sociais.

VII. Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas.”

(ApelRee nº 1143131, Nona Turma, rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 28/02/2011, v.u., DJF3 04/03/2011, p. 817)

Por sua vez, o § 4 (desse mesmo artigo estabelece que “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.” De outra parte, o então vigente § 2º desse art. 16 (na redação original, antes das alterações promovidas pela Lei 9.528/97) dispunha que “equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.”

Anoto que essa dependência econômica é até mesmo lógica em se tratando de família simples (como demonstra os autos), além do que não precisa ser exclusiva, de modo que a mesma persiste ainda que a parte requerente tenha outros meios de complementação de renda.

Também não impede a concessão do benefício em tela o fato da parte requerente eventualmente receber aposentadoria, pois a Lei 8.213/1991 (particularmente em seu art. 124) não veda a acumulação da pensão por morte com aposentadoria (presentes os requisitos para suas concessões), até porque ambos têm diferentes fontes de custeio. Nega-se, apenas, a acumulação de duas ou mais pensões, assegurado o direito de se optar pelo pagamento da mais vantajosa. Ressalto ainda que esse benefício é devido ao conjunto de dependentes do *de cujus* que reúnam as condições previstas nos art. 77 da Lei nº 8.213/1991, obviamente cessando para o dependente que não mais se enquadre nas disposições desse preceito normativo. Nem mesmo a constatação de dependente ausente obsta a concessão da pensão, cabendo, quando muito, sua habilitação posterior (art. 76 da Lei 8.213/1991). O mesmo pode ser dito quanto à companheira em relação à esposa legítima do *de cujus*. À evidência, não é função da parte-requerente provar que existem outros dependentes para fazer jus ao que reclama, sendo que esse aspecto não pode obstar o deferimento do presente pedido.

Vale lembrar que a ausência de inscrição dos dependentes do *de cujus* junto ao INSS não prejudica o direito ao requerimento ulterior de benefícios, desde que demonstrada a dependência e comprovados os demais requisitos, conforme expressa disposição do art. 17, § 1º, da Lei 8.213/1991.

A certidão de óbito trazida aos autos (fls. 17) demonstra a morte da Sra. Carmen Lopes Lessa, ocorrida em 21/08/2002.

No que se refere à condição de segurada da falecida, da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 162vº), verifica-se que a mesma recebia aposentadoria por idade desde 01/04/1982 até a data do óbito. Portanto, resta comprovada a qualidade de segurada.

Quanto à comprovação da dependência econômica, da análise dos documentos de fls. 28/39, verifica-se que a falecida ingressou em 28/06/2002 com ação judicial objetivando a concessão da guarda dos autores, com a concordância do pai dos mesmos, sendo que foi proferida sentença homologando tal pleito em 22/08/2012. Muito embora essa sentença tenha sido proferida 01 (um) dia após a data do óbito da avó, creio que esse provimento judicial revelava situação de fato e de direito que já se verifica antes de 22/08/2012. Da análise das principais peças do referido processo, verifica-se que as crianças já se encontravam residindo juntamente com a falecida antes mesmo de esta ingressar com a ação de guarda. Tanto é assim que o principal argumento utilizado pelo MM. Juiz que proferiu a sentença homologatória foi o de que as crianças já estavam perfeitamente adaptadas ao ambiente em que viviam (residência da avó). Ademais, os recibos e a declaração expedida pelo Colégio Brincando e Aprendendo (fls. 26/27) demonstram que a *de cujus* era a pessoa responsável pelo pagamento das despesas escolares dos autores.

Lembre-se, ao teor do colhido nos autos, que os requerentes viviam com a falecida ao tempo

do óbito em foco.

Presentes, *in casu*, fortes elementos de convicção a demonstrar a dependência dos demandantes em relação à segurada falecida.

Assim, restam comprovados os pressupostos para a concessão da pensão por morte reclamada nos autos, a partir da data do requerimento administrativo, conforme fixado pela r. sentença. No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, observada a prescrição quinquenal, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

No que concerne aos honorários advocatícios, reduzo-os para R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), observando-se o disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557 do CPC, **NEGO PROVIMENTO** à apelação do INSS e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial, para reduzir os honorários advocatícios para R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), bem como para fixar os seguintes critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora: 1º) aplicar correção monetária quanto às parcelas vencidas, na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; 2º) quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, e artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional; e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º, com fluência respectiva de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação. No mais, deve ser mantida a r. sentença.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS, instruído com os documentos dos autores LUCAS DOS SANTOS LESSA e LUANE DOS SANTOS LESSA, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do benefício de pensão por morte, com data de início - DIB em 10/08/2004 (data do requerimento administrativo - fls. 25), e renda mensal inicial - RMI a ser calculada, com observância, inclusive, das disposições do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC. O aludido ofício poderá ser substituído por e-mail, na forma a ser disciplinada por esta Corte.

Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Dê-se ciência.

As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006556-44.2005.4.03.6104

(2005.61.04.006556-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: NAIR CASTANHO (= ou > de 65 anos)

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DOUGLAS GONZALES

Classe do Processo: AC 1599391

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/11/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. EX-COMBATENTE. REVERSÃO. VANTAGENS DA LEI Nº 4.297/63. IMPOSSIBILIDADE.

1. Diante da retificação do posicionamento de uma das Turmas da Corte Superior a respeito do tema, tenho como prudente a revisão da matéria, ao menos para as decisões onde não houve contestação por parte do INSS, oportunidade em que o juízo *a quo* julgara na forma do art. 267, VI do Código de Processo Civil ou na nos termos do art. 285 A do Código de Processo Civil. De outra banda, quando presente a contestação do INSS, esse julgador tem entendido que resta renovada a resistência do INSS para o pleito, de sorte que não há que se falar em falta de interesse processual.

2. Tendo o benefício originário sido criado por força e nos termos do Decreto nº 22.872/33, conforme expressam os documentos de fls. 23 e seguintes dos autos, por imperativo lógico jurídico, sua regência faz-se nos termos da norma original, tal como decidem as Cortes Judiciais.

3. Impossibilidade de reversão do benefício em favor da filha maior de 21 anos, a teor do artigo 58, § 3º, do Decreto nº 22.872/1933, pois o pai da autora - ex-combatente - faleceu aos 12.09.1955, quando ainda vigia aludido diploma legal. Por outro lado, a Constituição Federal erigiu novo ordenamento jurídico, de sorte que toda norma anterior e posterior lhe deve amparo de validade e eficácia.

4. Agravo do INSS 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 provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS contra a r. decisão proferida nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, que deu provimento à apelação da autora para o fim de determinar a reversão da pensão militar a filha do ex-combatente, falecido em 1955, quando vigente o Decreto nº 22.872/33.

Em suas razões de inconformismo, o INSS alega falta de interesse de agir ante a ausência de prévio requerimento administrativo. Aduz, ainda, a inexistência de direito à reversão da pensão por morte, de vez que a Lei nº 4.297/63, ressalva apenas o direito à reversão daqueles que poderiam ter se aposentado nos termos de seu artigo 1º, devendo ser aplicada a legislação vigente ao tempo do óbito do segurado.

Registro que o feito foi objeto de Conflito de Competência, cuja decisão foi firmada a natureza previdenciária.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES (Relator): De início, afasto a preliminar que clama pela exigência do prévio requerimento administrativo, sobre a questão houve reanálise da matéria pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça após o julgamento do REsp nº 1.310.042/PR, na Relatoria do Ministro Herman Benjamin que trouxe nova configuração à matéria. Eis o julgamento tido como paradigmático:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era no sentido da prescindibilidade de prévia postulação administrativa de benefício previdenciário para o ajuizamento da ação judicial previdenciária.

2. No entanto, após o julgamento do REsp 1.310.042/PR, Relator Min. Herman Benjamin, DJ de 28.5.2012, o entendimento da Segunda Turma do STJ, nos casos de pleito previdenciário, passou a ser no sentido da necessidade de prévio requerimento administrativo para postular nas vias judiciais. Agravo improvido.

(AGRESP 201202306619, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 28/06/2013)

Deveras, diante da retificação do posicionamento de uma das Turmas da Corte Superior a respeito do tema, tenho como prudente a revisão da matéria, ao menos para as decisões onde não houve contestação por parte do INSS, oportunidade em que o juízo *a quo* julgara na forma do art. 267, VI do Código de Processo Civil ou na nos termos do art. 285-A do Código de Processo Civil.

De outra banda, quando presente a contestação do INSS, esse julgador tem entendido que resta renovada a resistência do INSS para o pleito, de sorte que não há que se falar em falta de interesse processual.

Assim, no presente caso havendo notícia de contestação do INSS, factível, denota-se

como claro a pretensão resistida da parte autora.

Já quanto ao exame de mérito, melhor sorte não tem a autora, ora agravada. A reversão da pensão não é admissível, quer quanto ao diploma normativo original que rege a relação - o Decreto nº 22.872/33 então vigente na data do falecimento (12.09.1955) do ex-combatente, conforme se extrai da Carta de Concessão de fls. 23 - quer quanto às disposições constitucionais. Vejamos.

Ora, como o benefício originário foi criado por força e nos termos do Decreto nº 22.872/33, conforme expressam os documentos de fls. 23 e seguintes dos autos, por imperativo lógico jurídico, sua regência faz-se nos termos da norma original, tal como decidem as Cortes Judiciais. Por outro lado, a Constituição Federal erigiu novo ordenamento jurídico, de sorte que toda norma anterior e posterior lhe deve amparo de validade e eficácia. Nesse passo, embora a questão se resolva diretamente na norma supra, o tema pondera argumentos principiológicos do sistema, tal como abaixo explicito.

Quanto à reversão do benefício, o próprio Decreto nº 22.872/33 resolve a questão, consoante constou do julgamento *a quo*, pois o pai da autora - ex-combatente faleceu aos 12.09.1955, quando ainda vigia o Decreto nº 22.872/1933, que estabelecia em seu artigo 58, parágrafo 3º:

O direito à pensão extingue-se:

3º - para as filhas que contraírem matrimônio ou houverem completado vinte e um anos de idade, desde que, neste ultimo caso, exerçam profissão remunerada.

Em face do exposto, o MM. Juiz Federal que proferira a sentença ponderou que a parte autora, nascida aos 20.05.1923 já era maior de 21 anos de idade e exercia atividade remunerada à ocasião do falecimento de seu genitor, conforme pesquisa realizada no CNIS - eis que trabalhara no Banco Nossa Caixa entre 1948 e 1990.

Nesse passo, resta exaurida a possibilidade de reversão da pensão à ocasião do falecimento de seu genitor e da sua mãe. Justamente nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. FILHA DE EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. REGÊNCIA. LEGISLAÇÃO VIGENTE À DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. “O direito à pensão de ex-combatente é regido pelas normas legais em vigor à data do evento morte. Tratando-se de reversão do benefício à filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe que a vinha recebendo, consideram-se não os preceitos em vigor quando do óbito desta última, mas do primeiro, ou seja, do ex-combatente” (MS 21.707/DF, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Pleno DJ de 22.09.95). No mesmo sentido: AI 537.651-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 11.11.05; AI 724.458-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 1º.10.10.

2. *In casu*, o acórdão originalmente recorrido assentou que: “PENSÃO DE EX-COMBATENTE. REVERSÃO DO BENEFÍCIO. FILHA MAIOR DE 21 ANOS, EM DECORRÊNCIA DO ÓBITO DA MÃE OCORRIDO ANTES DA LEI Nº 8.059/90. A Lei nº 8.059 de 04 de julho de 1990, que regulamentou o artigo 53 do ADCT, estabelece, em seu artigo 5º, III, as condições para a persecução do benefício. A autora é maior de 21 anos e, por isso, não faz jus à pensão aumentada. No que concerne à assistência médico-hospitalar gratuita, de que trata o art. 53, IV, do ADCT, a sentença que a concedeu é mantida. Sentença reformada. Apelação e remessa necessária providas em parte.”

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 638227 AgR/RJ; Relator: Min. Luiz Fux; Julg.: 16/10/2012; 1ª Turma; publ. 09-11-2012)

Quer em face do disposto, que sintetiza o julgamento com base na norma vigente na data do falecimento do ex-combatente e exaure a questão, quer em face dos princípios expressos na Carta Constitucional a parte autora não tem direito à reversão. A Constituição Federal de 1988 inaugura o rol dos Direitos e ao assentar a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, no art. 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A igualdade é então realçada na isonomia de tratamento de direitos trabalhistas e estatutários, nos termos do art. 7º, XXX, da Constituição, replicado posteriormente ao seio da entidade familiar, nos termos do art. 226, § 5º.

Fiel a essa principiologia, não há espaço para a caracterização de dependência à filha maior e capaz, frente a pensão do seu genitor, em demérito aos demais segurados. Tanto assim que a Lei nº 8.059/90 em seu art. 5º (que regulamenta o art. 53 do ADCT) e a Lei nº 8.213/91, em seu art. 77, § 2º, II, não amparam qualquer privilégio à filha maior e capaz para reverter pensão em privilégio não extensivo aos demais segurados.

Vale, pois, explicitar a referência da atual e vigente Lei nº 8.059/90:

Art. 5º Consideram-se dependentes do ex-combatente para fins desta lei:

I - a viúva;

II - a companheira;

III - o filho e a filha de qualquer condição, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos;

IV - o pai e a mãe inválidos; e

V - o irmão e a irmã, solteiros, menores de 21 anos ou inválidos.

Parágrafo único. Os dependentes de que tratam os incisos IV e V só terão direito à pensão se viviam sob a dependência econômica do ex-combatente, por ocasião de seu óbito.

Nessa ótica, ao contrário do que advoga a parte autora, a Constituição não confere qualquer espaço para repriminar a Lei nº 4.297, de 23.12.1963, o direito de reversão da pensão às filhas solteiras em privilégio sobre os demais segurados, nos termos do art. 3º, *in verbis*

Art. 3º Se falecer o ex-combatente segurado de Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, aposentado ou não, será concedida, ao conjunto de seus dependentes, pensão mensal, reversível, de valor total igual a 70% (setenta por cento) do salário integral realmente percebido pelo segurado e na seguinte ordem de preferência:

a) metade à viúva, e a outra metade, repartidamente, aos filhos de qualquer condição, se varões - enquanto menores não emancipados, interditados ou inválidos - se mulheres, enquanto solteiras, incluindo-se o filho póstumo;

b) não deixando viúva, terão direito à pensão integral os filhos mencionados na letra a deste artigo;

c) se não houver filhos caberá, a pensão integral à viúva;

d) à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito;

e) se não deixar viúva companheira, nem filho, caberá a pensão à mãe viúva, solteira ou desquitada, que estivesse sob a dependência econômica do segurado;

f) se nas condições da letra anterior deixar pai, ou pai e mãe que vivessem às suas expensas estando aquele invalidado ou valetudinário, a pensão lhe será concedida, ou a ambos, repartidamente;

g) os irmãos, desde que estivessem sob a dependência econômica do contribuinte e, se varões, enquanto menores não emancipados, interditos ou totalmente inválidos e, se mulheres quando solteiras, viúvas ou desquitadas;

h) em qualquer época as filhas viúvas, casadas ou desquitadas reconhecidamente privadas de recursos para sua manutenção, serão equiparadas aos filhos ou filhas indicados na letra a, deste artigo e com eles concorrentes à pensão;

i) o desquite somente prejudicará, o direito à pensão quando a sentença fôr condenatória ao cônjuge beneficiário.

Art. 4º Enquanto existir um dos dependentes mencionados no art. 3º, o valor total da pensão será igual a 70% (setenta por cento) do salário integral realmente percebido pelo segurado e a reversão dessa pensão entre os dependentes se fará nos seguintes casos:

a) da viúva, em partes iguais, para os filhos do contribuinte mesmo de diversos matrimônios, por morte ou qualquer outro motivo que a faça perder a respectiva quota;

b) de um filho para outro, ou outros já pensionistas, por morte, por emancipação do varão, ou por casamento de qualquer destes;

c) sendo um só filho ou restando apenas um, a reversão se dará para a viúva do contribuinte;

d) entre os pais do contribuinte, por morte de um deles.

Parágrafo único. Das pensões sujeitas à reversão, será descontada mensalmente uma taxa de 7% sobre o seu valor.

Art. 6º Os dependentes de ex-combatente, já falecidos, que poderiam ser beneficiados pelo art. 1º desta lei, passarão a receber suas pensões de acordo com os arts. 4º e 5º desta lei.

Fiel ao mandamento de isonomia entre os filhos, homens e mulheres, a Constituição não permite o privilégio às filhas solteiras, desde que maiores e capazes. Trata-se de imperativo ético jurídico de medida equitativa de comportamentos entre filhos e filhas que o constituinte condicionou a toda legislação, de sorte que a recepção da legislação que ultraje essa concepção não tem guarida na Carta Constituinte, porquanto toda medida de equiparação passa necessariamente pela sua vertente oposta, o repúdio aos privilégios.

Ora, se o constituinte exige a equiparação sexual entre homens e mulheres (e assim, entre filhos e filhas), por imperativo ético, não admite privilégio de um sexo sobre o outro, sem qualquer discrimine que lhe confira sentido. É o caso dos autos.

Como é sabido, a Constituição funda novo arcabouço jurídico político ao Estado, de sorte que toda norma lhe deve compatibilidade normativa e axiológica. Assim, a interpretação de normas anteriores à Carta Constitucional de 1988 requer filtro sob o crivo de sua validade e eficácia, o chamado juízo de recepção e interpretação.

Ora, como o constituinte expurgou todas as formas de discriminação sexual e de filiação espúria ou legítima, a lei que condicionava privilégios a filhas válidas e maiores não fora recepcionada pela Constituição Federal.

Enfim, a interpretação a ser conferida para possível aplicação da Lei nº 4.297/63 passa pelo crivo constitucional. Quanto à interpretação, peço vênica para explicitar trecho que publiquei em âmbito acadêmico, quanto a atual interpretação jurídica (*A Competência Legislativa dos Entes Federados; Conflitos e Interpretação Constitucional*, Dissertação de Mestrado, USP, p. 82/83):

Em que pese o enfraquecimento do positivismo jurídico estrito, a doutrina destaca que não parece possível pensar uma teoria do direito que não seja em alguma medida positivista. Contudo, sua imposição normativa não é tão simples como outrora se imaginava. Muitas vezes o intérprete terá diante de si desafios interpretativos, de modo a ponderar direitos e prerrogativas em face de um princípio regente do sistema, baseado nas circunstâncias materiais e valorativas que guarnecem a causa, cuja análise deverá ser minuciosa e prudentemente analisada pelo aplicador do direito.

Erige-se, nessa dinâmica a chamada neo-hermenêutica constitucional que fora construída a partir de novos impulsos filosóficos no âmago da interpretação-aplicação do Direito. Parte-se de uma estrutura lógica de compreensão baseada na relação dialética entre o sujeito cognoscente (intérprete-aplicador) e aquilo que procura compreender de um objeto cognoscível (o texto normativo).

Somente com o equilíbrio dessa relação ter-se-á uma base científica imparcial para a interpretação. Tanto porque um dos pilares da neo-hermenêutica é a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma jurídica que se aflora), sendo aquele objeto da interpretação e esse o resultado - fruto dessa relação dialética que mede, analisa e interage com as demais circunstâncias fáticas e valorativas, ingredientes naturais da norma decisão.

A nova conjuntura da Hermenêutica Constitucional prega a idéia de que o Direito não se exaure na lei, de forma que o intérprete tem papel fundamental como operador do Direito e da Justiça. Prega a integração do Direito às demais ciências sociais e culturais - idéia da necessária interdisciplinariedade. Ataca a idéia abstrata da completude formal do positivismo e de sua estrita concepção formalista ao enriquecer o papel do intérprete na aplicação do Direito, visto como um plus ignorado pelo positivismo clássico.

A peculiaridade da chamada neo-hermenêutica é a reaproximação axiológica aos valores, e, sobretudo, o reconhecimento da normatividade dos princípios - já reconhecidos anteriormente, mas com sua aplicação e importância demasiadamente relegados. Esses passaram a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelham a ideologia da sociedade, seus postulados e fins. Têm como papel fundamental: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Nessa ótica, não há espaço para reversão da parte autora à pensão de seu genitor, pois a parte autora é maior e capaz, independentemente de ser solteira ou não.

Por tais razões, DOU PROVIMENTO ao agravo legal interposto, mantendo, por consequência a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0008924-68.2006.4.03.0000
(2006.03.00.008924-2)

Autor: MARIA BARRIENTOS XAVIER
 Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SANTA FÉ DO SUL - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
 Classe do Processo: AR 4698
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. DOCUMENTO NOVO QUE ASSEGURARIA PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL NA DEMANDA SUBJACENTE. RESCISÃO DO JULGADO. NOVO JULGAMENTO: IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. Os argumentos que sustentam a preliminar arguida, por tangenciarem o mérito, serão com ele analisados.
2. Consoante o § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço “só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, conforme disposto em Regulamento.”
3. A valoração das provas, na hipótese, observa o princípio do livre convencimento motivado.
4. O julgador adotou uma dentre as soluções possíveis diante do quadro fático apresentado e concluiu não ter sido comprovada a alegada atividade rural da autora.
5. A rescisão respaldada nos termos do art. 485, inciso V (violação literal de disposição de lei), do CPC somente se configura quando demonstrada a 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 ocorre neste caso, em que o conjunto probatório foi apreciado à luz da legislação de regência.
6. A pretensão deduzida funda-se, também, em documento novo.
7. Tratando-se de trabalhadora rural, a prova, ainda que preexistente à propositura da ação originária, deve ser considerada para efeito do art. 485, VII, do CPC. Precedentes do STJ.
8. A Ficha de Identificação no “Programa de Saúde da Família - Nova Canaã Paulista” (fls. 13/15) foi preenchida poucos meses antes do ajuizamento da ação subjacente e, além disso, por não conter a identificação do médico ou da autoridade pública responsável pelo seu preenchimento, dada a sua fragilidade, não se presta como início de prova material. Precedentes.
9. A certidão de nascimento do filho da autora, na qual o pai foi qualificado como

lavrador em 06/8/1966, constitui documento que atenderia ao necessário início de prova material exigido naquele julgado, caso tivesse integrado o conjunto probatório. 10. Cabível a desconstituição do julgado rescindendo, com fundamento no inciso VII do artigo 485 do CPC, pois o documento apresentado garantiria resultado favorável à contenda da autora.

11. Em sede de juízo rescisório, discute-se o direito à obtenção da aposentadoria por idade como rurícola, para a qual bastam o preenchimento do requisito etário e a comprovação da atividade rural pelo período estabelecido no artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

12. O requisito etário foi preenchido, pois a autora completou a idade mínima em 09/10/1999.

13. A cópia da Certidão de Nascimento do filho, na qual consta a qualificação de seu cônjuge como lavrador, carreada aos autos da ação rescisória, atende à exigência de juntada de início razoável de prova material.

14. Isso, contudo, deve ser afastado, pois foi constatado, *na consulta ao CNIS*, que o cônjuge passou a exercer atividade urbana de 01/5/1972 até 01/2010, vindo a aposentar-se por idade (comerciário - contribuinte individual) em 05/9/2007.

15. Ausente o necessário início de prova material, o depoimento pessoal e os relatos das testemunhas são insuficientes para comprovação da faina rural no período exigido em lei. Assim, indevida é a aposentadoria pleiteada.

16. As partes devem arcar com os honorários dos respectivos patronos, em face da sucumbência recíproca.

17. Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória procedente. Pedido formulado na ação originária improcedente. Pedido de antecipação da tutela jurídica prejudicado.

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 procedente a ação rescisória, para desconstituir o julgado, nos termos do artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, e, proferindo novo julgamento, reconhecer a improcedência do pedido formulado na demanda originária, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram, os Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO (Revisor) e DAVID DINIZ, o Juiz Federal Convocado DOUGLAS GONZALES, e os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, MARISA SANTOS, NELSON BERNARDES, WALTER DO AMARAL, CECILIA MELLO e LUCIA URSIAIA.

São Paulo, 10 de outubro de 2013.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de ação rescisória proposta por Maria Barrientos Xavier em face do INSS, para, com fundamento no art. 485, incisos V e VII, do Código de Processo Civil, desconstituir o v. acórdão (Proc. 2002.03.99.005139-6) proferido pela Segunda Turma desta Corte, que deu provimento à

remessa oficial e ao apelo autárquico, para julgar improcedente seu pedido de aposentadoria por idade como trabalhadora rural.

Alega, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, ter a decisão rescindendo violado o parágrafo 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, pois o início de prova material apresentada é hábil a amparar a prova testemunhal produzida e os fatos alegados na inicial.

Aduz ter obtido *documentos novos*, os quais possibilitam a comprovação de sua atividade como lavradora.

Pretende a rescisão do julgado e, em consequência, nova apreciação do pedido originário, para julgá-lo procedente. Requer a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita e instrui a inicial com os documentos de fls. 10/224.

A decisão de fl. 227 deferiu a Justiça Gratuita, dispensou a parte autora do depósito prévio da multa prevista no inciso II do artigo 488 do CPC e determinou a citação do réu.

Na resposta (fls. 234/238), o INSS, preliminarmente, suscita carência de ação, sob o argumento de que, para ser considerado novo, faz-se necessária a comprovação de que o documento era ignorado à época do ajuizamento da ação ou dele não se podia fazer uso, hipótese na qual a autora não estaria enquadrada. Afirma, outrossim, a pretensão de reexame dos fatos da causa. No mérito, sustenta, em síntese, a ausência de início de prova material do exercício da atividade rural que se deseja comprovar e a impossibilidade da prova unicamente testemunhal. Pugna pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 258/267, com pedido de antecipação a tutela jurídica.

Instadas as partes à especificação de provas (fl. 271), o prazo assinalado decorreu sem manifestação (fl. 274).

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação rescisória e, no juízo rescisório, “pelo improvimento do recurso do INSS, eis que comprovados os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade de rurícola pela autora.” (fls. 280/288).

Às fls. 290/292 e 298/301, a autora requer preferência no julgamento do feito.

Juntado o extrato do CNIS às fls. 305/311, deu-se às partes oportunidade para manifestação, o que foi feito pela autora, às fls. 326/338, e pelo INSS, às fls. 340/343.

À fl. 345, o DD. Órgão do Ministério Público Federal reiterou o parecer de fls. 280/288. É o relatório.

À revisão (art. 34, I, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Pretende a autora a rescisão do v. acórdão (Proc. 2002.03.99.005139-6) proferido pela Segunda Turma desta Corte, que deu provimento à remessa oficial e ao apelo autárquico, para julgar improcedente seu pedido de aposentadoria por idade como trabalhadora rural.

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. A ação rescisória autoriza as partes a apontar imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal

com força de lei entre as partes.

Vale assinalar não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória deu-se em 07/2/2006 e o trânsito em julgado do *decisum*, em 11/10/2005 (fl. 223).

Destaco a competência desta Corte Regional para o julgamento da causa, tendo em vista que o agravo de instrumento interposto em face da r. decisão que não admitiu o recurso especial não foi conhecido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 177, 210/213).

Os argumentos que sustentam a preliminar arguida, por tangenciarem o mérito, serão com ele analisados.

No mérito, a solução da lide reclama análise de duas questões. Início com o exame da alegada violação literal de lei.

À luz do disposto no art. 485, inciso V, do CPC, a doutrina sustenta ser questão relevante saber se a decisão rescindendo 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)

No caso, discute-se o atendimento das exigências à concessão de aposentadoria por idade a rurícola, a saber: comprovação da idade mínima e desenvolvimento de atividade rural pelo período estipulado em lei.

Alega a parte autora que o v. acórdão rescindendo “não obedeceu aos critérios legais para concessão do benefício, pois ao contrário do que decidiu, existe nos autos início de prova material, produzidas pelos documentos encartados às fls. 12/17 dos autos principais e, corroboradas por depoimentos de testemunhas idôneas.”

Consoante o § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, a comprovação do tempo de serviço “só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, conforme disposto em Regulamento”.

Entendo não ter sido violado o dispositivo apontado.

A rescisão respaldada nos termos do art. 485, inciso V (violação literal de disposição de lei), do CPC somente se configura quando demonstrada a 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 ocorre neste caso, em que o conjunto probatório (documentos e prova testemunhal) foi apreciado à luz da legislação de regência.

Confira-se (g.n.):

(...)

Verifica-se, assim, ser imprescindível para concessão do benefício previdenciário que o conjunto probatório constante nos autos revele o exercício da atividade laborativa da parte autora nas lides rurais para obtenção do benefício pleiteado. Qualquer que seja a prova material, deve ela levar à convicção sobre o fato probando, isto é, além de pertencer à época dos fatos, deve fornecer indicações seguras de que houve o evento que se pretende provar.

(...)

Examinando os autos, verifico às fls. 16 o certificado de reservista do Sr. Darci da Silva Xavier, onde consta como sendo de lavrador a sua profissão, prova esta que não serve como início razoável de prova material, pois, não se pode ao menos estabelecer qual relação de parentesco há entre a autora e a pessoa indicada em tal documento. Portanto, *in casu*, verifica-se a produção única de prova testemunhal, não havendo qualquer início de prova material acerca do trabalho da segurada autora em atividades rurais.

Com efeito, o julgador adotou uma dentre as soluções possíveis diante do quadro fático apresentado e concluiu não ter sido comprovada a alegada atividade rural da autora.

Ora! Se a questão foi devidamente apreciada no processo originário, com base no princípio do livre convencimento motivado, incabível é a rescisão do julgado com amparo no artigo 485, V, do CPC.

O fato de o julgador ter recorrido à interpretação menos favorável à parte ou, até mesmo, à pior dentre as possíveis, não justifica o manejo desta demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos. O simples emprego de interpretação menos comum não constitui vício capaz de desconstituir o julgado.

Nesse sentido, cito arestos (n.g.):

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)

A pretensão deduzida, contudo, não se limita a esse aspecto; funda-se, também, em *documento novo*, assim entendido, na lição de José Carlos Barbosa Moreira, como o que:

(...) já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento “cuja existência” a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela “não pôde fazer uso” e, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia.

Fosse qual fosse o motivo da impossibilidade de utilização, é necessário que há sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, sem culpa sua, de usar o documento, v.g., porque lhe fora furtado, ou porque estava em lugar inacessível, ou porque não se pôde encontrar o terceiro que o guardava, e assim por diante.

(...)

Reza o texto que o documento deve ter sido obtido “depois da sentença”.

(...) Por conseguinte, “depois da sentença” significará “depois do último momento em que seria lícito à parte utilizar o documento no feito onde se proferiu a decisão rescindenda.

O documento deve ser tal que a respectiva produção, por si só, fosse capaz de assegurar à parte pronunciamento favorável. Em outras palavras: há de tratar-se de prova documental suficiente, a admitir-se a hipótese de que tivesse sido produzida a tempo, para levar o órgão julgador a convicção diversa daquela a que chegou. Vale dizer que tem de existir nexo de causalidade entre o fato de não se haver produzido o documento e o de se ter julgado como se julgou. Por “pronunciamento favorável” entende-se decisão mais vantajosa para a parte do que a proferida: não apenas, necessariamente, decisão que lhe desse vitória total. (...).

(in: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 15ª ed., pp. 138/140)

Com efeito, o *documento novo* (art. 485, VII, do CPC), a autorizar o manejo da ação, circunscreve-se àquele que, apesar de existente no curso da ação originária, era ignorado pela parte ou, sem culpa do interessado, não pôde ser utilizado no momento processual adequado, seja porque, por exemplo, havia sido furtado ou se encontrava em lugar inacessível. Outrossim, deve o documento referir-se a fatos que tenham sido alegados no processo original e estar apto a assegurar ao autor da rescisória um pronunciamento favorável.

Observe, por pertinente, que, em se tratando de trabalhadora rural, a prova, ainda que preexistente à propositura da ação originária, deve ser considerada para efeito do art. 485, VII, do CPC.

A respeito:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. DOCUMENTO NOVO. CERTIDÃO DE CASAMENTO. SOLUÇÃO *PRO MISERO*. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.

1. Esta Corte, ciente das inúmeras dificuldades por que passam os trabalhadores rurais, vem se orientando pelo critério *pro misero*, abrandando o rigorismo legal relativo à produção da prova da condição de segurado especial. Em hipóteses em que a rescisória é proposta por trabalhadora rural, tem se aceitado recorrentemente a juntada a posteriori de certidão de casamento, na qual consta como rurícola a profissão do cônjuge (precedentes). Se se admite como início de prova documental a certidão na qual somente o cônjuge é tido como rurícola, com muito mais razão se deve admitir, para os mesmos fins, a certidão na qual o próprio autor é assim qualificado. A certidão de casamento é, portanto, documento suficiente a comprovar o início da prova material exigido por lei a corroborar a prova testemunhal.

2. Diante da prova testemunhal favorável ao autor, estando ele dispensado do recolhimento de qualquer contribuição previdenciária e não pairando mais discussões quanto à existência de início suficiente de prova material da condição de rurícola, o requerente se classifica como segurado especial, protegido pela lei de benefícios da previdência social - art. 11, inciso VII, da Lei 8.213/91.3. Pedido procedente.

(STJ, 3ª Seção, Ação Rescisória nº 200701226767, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., DJE 18/11/2010)

Os “documentos novos” trazidos à colação, para fundamentar o pleito desta ação, são:

- Certidão de nascimento do filho, ocorrido em 06/8/1966, na qual o pai (Darci da Silva Xavier) é qualificado como lavrador (fl. 12);

- Ficha de Identificação no “Programa de Saúde da Família - Nova Canaã Paulista”, com data de matrícula em 05/5/2000, em que a autora está qualificada como lavradora (fls. 13/15).

É de se observar que o julgado entendeu pela inexistência de indício de prova material, de modo que os documentos, para serem considerados novos, devem se revestir de tal característica para, juntamente com a prova testemunhal, garantir *resultado favorável* à contenda da autora.

Sob esse aspecto, a Ficha de Identificação no “Programa de Saúde da Família - Nova Canaã Paulista” (fls. 13/15) foi preenchida poucos meses antes do ajuizamento da ação subjacente e, além disso, por não conter a identificação do médico ou da autoridade pública responsável pelo seu preenchimento, dada a sua fragilidade, não se presta como início de prova material. A respeito, cito julgados desta Corte: AC nº 2006.03.99.016702-1, rel. Nelson Bernardes, DJ 3/12/2007; AC nº 2009.03.99.011237-9, rel. Newton De Lucca, DJ 26/11/2009; AC nº 2005.03.99.039935-3, rel. Walter do Amaral, DJ 8/10/2009; e AC nº 2009.03.99.000799-7, rela. Therezinha Cazerta, DJ 23/7/2009.

Por outro lado, a certidão de nascimento do filho da autora, na qual o pai (Darci da Silva Xavier) foi qualificado como lavrador em 06/8/1966, constitui documento que atenderia ao necessário início de prova material exigido naquele julgado, caso tivesse integrado o conjunto probatório.

Esse documento, segundo pacífica jurisprudência, é tido como início de prova material, com potencial para ensejar pronunciamento favorável à autora, se corroborado por prova testemunhal, a tornar perfeitamente plausível a desconstituição do julgado, com fulcro no artigo 485, VII, do CPC.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PRÉVIO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DISPENSA. DOCUMENTO NOVO. ADMISSIBILIDADE. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATE-

RIAL. CERTIDÃO DE NASCIMENTO DOS FILHOS. QUALIFICAÇÃO DO MARIDO COMO LAVRADOR. EXTENSÃO À ESPOSA.

1. ...

2. Ainda que o documento apresentado seja anterior à ação originária, esta Corte, nos casos de trabalhadores rurais, tem adotado solução *pro misero* para admitir sua análise, como novo, na rescisória.

3. ...

4. Os documentos apresentados constituem início de prova material apto para, juntamente com os testemunhos colhidos no processo originário, comprovar o exercício da atividade rural pelo período da carência.

5. A qualificação do marido, na certidão de nascimento dos filhos, como lavrador estende-se à esposa, conforme precedentes desta Corte a respeito da matéria.

6. Ação rescisória procedente.

(STJ, AR 3921/SP, Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior, Órgão Julgador S3 - Terceira Seção, v.u., j. 24/04/2013, DJe 07/5/2013)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. DOCUMENTO NOVO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. PROVA MATERIAL. EXISTÊNCIA.

I - Esta Seção, considerando as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural e adotando a solução *pro misero*, entende que a prova, ainda que preexistente à propositura da ação, deve ser considerada para efeitos do art. 485 VII, do CPC. Precedentes.

II - Certidão de nascimento do filho da autora, em que o cônjuge desta está qualificado como lavrador, é apta à comprovação da condição de rurícola para efeitos previdenciários.

Ação rescisória procedente.

(STJ, AR 3520/SP, Relator(a) Ministro Felix Fischer, Órgão Julgador S3 - Terceira Seção, v.u., j. 27/02/2008, DJe 30/06/2008)

Dessa forma, de rigor é a rescisão do julgado, com fulcro no inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Anote-se, consoante a lição do e. jurista Pontes de Miranda, que a “sentença na ação rescisória, quanto ao juízo rescindente, rompe, cinde a sentença: havia sentença; não há mais. Toda a eficácia, que não depende de novas decisões, se opera. *O que depende de nova decisão é do juízo rescisório, que pode satisfazer-se com a prova feita no processo em que se proferiu a sentença rescindenda, ou substituí-la pelo que se acolheu no juízo rescindente, ou foi produzido segundo os princípios.* O juízo rescindente é que o marca.” (in: *Tratado da ação rescisória*, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2003, p. 152, g.n.)

Assim, reaberto o julgamento da causa, passo ao juízo rescisório.

A autora propôs a ação subjacente em 18/12/2000, para concessão de aposentadoria por idade como trabalhadora rural, que exige a comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural pelo período consignado na Lei nº 8.213/91.

A questão relativa à comprovação de atividade rural se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que exige início de prova material, afastando por completo a prova exclusivamente testemunhal. Confira-se, a respeito, o verbete da Súmula de nº 149 da Corte Superior. Admite-se, contudo, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro, ainda que os documentos não se refiram precisamente ao período a ser comprovado. Nesse sentido, o Recurso Especial de nº 509466, 5ª Turma, j. em 20/11/2006, v.u., DJ de 11/12/2006, p. 407, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Em relação às contribuições previdenciárias, é assente o entendimento de serem desne-

cessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural. Atuo com esteio nos recursos especiais nº 207.425, proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, e nº 502817, julgado em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

No caso *sub examine*, o requisito etário restou preenchido, pois a autora completou a idade mínima em 09/10/1999.

O feito originário foi instruído com cópia dos documentos pessoais da autora (fl. 31), fotos (fls. 12/14) e Certificado de Reservista de Darci da Silva Xavier, de março de 1962, qualificado como lavrador (fl. 32). Referidos documentos não permitem vincular a autora à atividade rural.

Assim, somente a cópia da Certidão de Nascimento do filho, ocorrido em 06/8/1966, na qual consta a qualificação de seu cônjuge como lavrador, carreada aos autos da ação rescisória, atende à exigência de juntada de início razoável de prova material.

Isso, contudo, deve ser afastado, pois foi constatado, *na consulta ao CNIS*, que Darci da Silva Xavier passou a exercer atividade urbana de 01/5/1972 até 01/2010, vindo a aposentar-se por idade (comerciário - contribuinte individual) em 05/9/2007 (fls. 305/311).

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. NÃO-COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRECEDENTES.

1. O exercício posterior de atividade urbana pelo cônjuge da autora afasta a admissibilidade da certidão de casamento como início de prova material do exercício de atividade rural no período exigido por lei, para fins de reconhecimento do direito à aposentadoria por idade rural. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESP 944486, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE Data: 24/11/2008)

Assim, em virtude da ausência do necessário início de prova material, o depoimento pessoal (fl. 56) e os relatos das testemunhas, colhidos às fls. 57/59 em audiência de instrução e julgamento realizada em 26/4/2001 na ação subjacente, são insuficientes para comprovação da faina rural no período exigido em lei.

Em decorrência, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do benefício pretendido.

Diante do exposto, *rejeito* a matéria preliminar e *julgo procedente* a ação rescisória, para desconstituir o v. julgado nos termos do artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil e, em novo julgamento, reconhecer a improcedência do pedido da ação subjacente, de concessão de aposentadoria por idade como rurícola.

Em decorrência, julgo prejudicado o pedido de antecipação da tutela jurídica.

As partes devem arcar com os honorários dos respectivos patronos, em face da sucumbência recíproca.

É como voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0093195-73.2007.4.03.0000
(2007.03.00.093195-4)

Autora: ROSA VIRGINIA DOS ANJOS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: AR 5656
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2013

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. REEXAME DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

- 1) Para a rescisão do julgado por erro de fato é necessário que ele tenha sido determinante para o deslinde da causa.
- 2) No caso, o erro da sentença - embora não tenha afetado o resultado do julgamento - foi ter por contributivo um período que efetivamente não o era, pois que consta dos autos que a última contribuição efetuada ocorreu quando o falecido era empregado da empresa SHELL BRASIL S/A PETRÓLEO (período de 16/11/1976 a 29/3/1996), e não em janeiro de 2000. Tendo o óbito ocorrido em 22-08-2000, a perda da qualidade de segurado é evidente e, por conseguinte, indevida é a pensão.
- 3) O contribuinte individual (empresário) é segurado obrigatório da previdência social, sendo sua a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições, sob pena de perda da qualidade de segurado e todas as consequências daí decorrentes (art. 30, II, da Lei 8212/91, art. 15, § 4º, e art. 102, *caput*, da Lei 8213/91).
- 4) O STJ consolidou posicionamento no sentido de que, havendo perda da qualidade de segurado, para o dependente ter direito à pensão, é necessário que o falecido tenha adquirido o direito a algum benefício previdenciário.
- 5) Encargos decorrentes da sucumbência que deixam de ser arbitrados por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, segundo orientação adotada pelo STF (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC)
- 6) Ação rescisória improcedente.

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, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de outubro de 2013.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de ação rescisória de sentença proferida nos seguintes termos (fls. 111/114):

Autos nº 2005.61.26.000864-2

AUTORES: ROSA VIRGINIA DOS ANJOS

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

Trata-se de ação previdenciária promovida por Rosa Virginia dos Anjos, em face do Instituto Nacional do Seguro Social, processada pelo rito ordinário, visando a concessão do benefício de pensão por morte.

Sustenta que o segurado faleceu, em 22.08.2000, sendo que a perda da qualidade de segurado não impede a concessão do benefício de pensão por morte, em virtude de preencher todos os requisitos, embora o segurado estivesse na atividade de autônomo de setembro de 1996 até janeiro de 2000.

Alega que o pedido de concessão do referido benefício foi indeferido, em sede administrativa, em razão da ausência de comprovação da qualidade de segurado.

A petição inicial veio instruída com os documentos de fls. 10/94.

O Instituto Réu apresentou contestação (fls. 105/110) refutando a pretensão aduzida na inicial, sob o fundamento de que o segurado havia perdido a qualidade de segurado do INSS.

Foi diferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Este é o relatório do essencial.

DECIDO.

Estão presentes os pressupostos processuais e condições da ação, motivo pelo qual passe ao exame sobre o mérito.

No mérito, a ação não procede.

Com efeito, o segurado falecido deixou de contribuir para os cofres da previdência, na qualidade de autônomo, a partir de janeiro de 2000, inexistindo nos autos qualquer prova de que estava incapacitado para o trabalho ou em gozo de benefício.

Assim, perdeu a qualidade de segurado nos termos do artigo 15, inciso VI, da Lei nº 8.213/91. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 8.213/91. INOCORRÊNCIA.

1. E requisito da pensão por morte que o segurado, ao tempo do seu óbito, detenha essa qualidade. Inteligência do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

2. A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios. (artigo 102 da Lei nº 8.213/91).

3. O artigo 102 da Lei 8.213/91, ao estabelecer que a perda da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito ao benefício, condiciona sua aplicação ao preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei antes dessa perda. (REsp 329. 273/RS, da minha Relatoria, in DJ 18/8/2003).

2. Recurso provido.” Indexação Aguardando análise. Data Publicação 10/05/2004 Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 576952 Processo: 200301312733 UF: PE Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da decisão: 16/03/2004 Documento: STJ000543175 Fonte DJ DATA: 10/05/2004 PAGINA: 360 Relator(a) HAMILTON CARVALHIDO.

Necessário se faz distinguir o período de carência para concessão do benefício, da indispen-

sável implementação de todas as condições para a referida concessão. Assim, a qualidade de segurado filiado ao regime geral da previdência social é requisito indispensável (condição) para a concessão do benefício de pensão por morte que não restou demonstrada nos presentes autos. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido deduzido, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, e condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa em caso de cessação do estado de necessitado.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Santo André, 16 de novembro de 2005.

UILTON REINA CECATO

Juiz Federal

A autora sustenta que o julgado incidiu em erro de fato, pois que, em se tratando de segurado autônomo, é segurado obrigatório e, portanto, a autarquia teria o dever de efetuar o lançamento tributário tendo em vista a cobrança das contribuições, nos termos do que preceitua o art. 37 da Lei 8212/91.

Por outro lado, é a própria autoridade prolatora da decisão rescindenda que admite a presença da qualidade de segurado, pois aponta que o falecido deixou de contribuir em janeiro de 2000. Assim, se o óbito ocorreu em 22-08-2000 (fls. 57: certidão de óbito), não teria sido ultrapassado, ainda, o período de graça de 12 meses, sendo, portanto, devido o benefício.

Por fim, sustenta que a IN-INSS 118/04 autoriza a concessão da pensão.

Assim, pede a rescisão do julgado e, em novo julgamento, a concessão do benefício, com termo inicial na DER.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 08/144.

Os benefícios da assistência judiciária gratuita foram deferidos (fls. 148/149).

Citada, a autarquia apresentou contestação na qual suscita preliminar de carência de ação, pois que a ré pretenderia rediscutir a causa originária. No mérito, sustenta que a própria autora admite que, por ocasião do óbito (em 22-08-2000), o seu marido não mais exercia a atividade que o qualificasse como contribuinte individual, pois havia deixado o estacionamento que conduzia em 31-01-2000, sendo que as contribuições cessaram cerca de 4 anos antes, quando terminou o seu último vínculo empregatício. Assim, como o falecido não tinha adquirido o direito a qualquer benefício da Previdência Social (aposentadorias por tempo de serviço, idade e invalidez), não há sequer como invocar o art. 102 da Lei 8213/91.

Réplica às fls. 176/178.

Saneador às fls. 180.

A representante do MPF opinou pela rejeição do pleito de rescisão, por entender incorrente o alegado erro de fato, uma vez que o magistrado analisou a documentação na qual se baseou a autora para requerer o benefício e pronunciou-se sobre o tema, rejeitando o pleito devido à perda da qualidade de segurado. Assim, se o tema - necessidade da qualidade de segurado para a concessão da pensão - foi controvertido e sobre ele houve pronunciamento judicial, não cabe a rescisão do julgado por erro de fato. Por outro lado, não caberia invocar o art. 102 da Lei 8213/91, pois quando faleceu, o marido da autora não teria direito a qualquer benefício previdenciário.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

A sentença rescindenda foi proferida em 16-11-2005 (fls. 114) e esta demanda foi ajuizada em 27-09-2007 (fls. 02).

A preliminar foi rejeitada pelo saneador de fls. 180, que restou irrecorrido.

A questão posta em análise para a rescisão da sentença prende-se à ocorrência de erro de fato, com fundamento no art. 485, IX, do CPC.

Sobre o tema, assim dispõem os §§ 1º e 2º do mesmo art. 485:

Art. 485. (...)

§ 1º - Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º - É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

A doutrina ensina:

No art. 485, IX, cogita-se da rescisão de sentença que se fundou em erro de fato, resultante de choque com ato, ou com atos, ou com documento, ou com documentos da causa. Uma vez que o erro proveio de fato, que aparece nos atos ou documentos da causa, há rescindibilidade. O juiz, ao sentenciar, errou, diante dos atos ou documentos. A sentença admitiu o que, conforme o que consta dos autos (atos ou documentos), não podia admitir, a despeito de não ter sido assunto de discussão tal discrepância entre atos ou documentos e a proposição existencial do juiz (positiva ou negativa). Em consequência do art. 485, IX, e dos §§ 1º e 2º, a sentença há de ser fundada em ter o juiz errado (se a sentença seria a mesma sem erro, irrevogável seria). Mais: se, pelo que consta dos autos (atos ou documentos), não se pode dizer que houve erro de fato, rescindibilidade não há. Na ação que se propusesse nenhuma prova seria de admitir-se. Se houve discussão, ou pré-impugnação do erro, ou qualquer controvérsia a respeito, com ou sem apreciação pelo juiz, ou se o próprio juiz, espontaneamente, se referiu ao conteúdo do que se reputa erro e se pronunciou, afastada está a ação rescisória do art. 485, IX. (...) (Pontes de Miranda, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo VI, Editora Forense, 3ª edição, 2000, atualização legislativa de Sergio Bermudes, págs. 246/247)

Ora, se erro houve na sentença, é precisamente sobre o fato da última contribuição ter sido efetuada quando o falecido era empregado da empresa SHELL BRASIL S/A PETRÓLEO (período de 16/11/1976 a 29/3/1996), e não em janeiro de 2000 - como lá constou.

Tal constatação é aferível a partir de uma singela leitura da petição inicial dos autos da ação originária, donde destaco o seguinte trecho:

Após sua demissão na empresa Shell, da qual permaneceu por quase vinte anos, o segurado abriu um estacionamento de automóveis, permanecendo nessa atividade de 01/09/96 a 31/01/00, conforme comprovam os documentos de fls. 14 e 15 do Processo Administrativo incluso.

Ocorre, porém, que durante todos estes anos em que esteve como autônomo, não efetuou os recolhimentos devidos à Previdência Social como deveria. Estava, portanto, em débito! (fls. 13)

Ponto esse que sequer era controvertido entre as partes, pois ambas reconhecem que o último período contributivo se encerrou em 29-03-1996.

Por fim, apresenta seu fundamento principal para a concessão do benefício: era segurado obrigatório, vale dizer, não tinha a faculdade de ser segurado, e, portanto, se deixou de recolher as necessárias contribuições, era dever da autarquia efetuar o lançamento do tributo e proceder nos termos da lei para obter o crédito tributário.

De modo que, se era segurado obrigatório, não há como afirmar que perdeu essa qualidade, sendo, portanto, devido o benefício de pensão.

No entanto, tal conclusão esbarra na literalidade do art. 15, § 4º, da Lei 8213/91:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

...

§ 4º - A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Como se vê, sem contribuições, cessa a qualidade de segurado após os prazos estabelecidos no referido art. 15, o que importa na caducidade dos direitos inerentes àquela qualidade (art. 102 da Lei 8213/91).

No caso, há de se distinguir as situações.

O contribuinte individual (empresário) é segurado obrigatório da previdência social, mas a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições é sua, sob pena de perda da qualidade de segurado e todas as consequências daí decorrentes (art. 30, II, da Lei 8212/91, art. 15, § 4º, e art. 102, *caput*, da Lei 8213/91).

Já o segurado empregado, também segurado obrigatório da previdência social, não tem a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições, pois que é do seu empregador tal atribuição, não sendo imputável a si qualquer falha no cumprimento da lei, pois que se presume que o seu patrão a cumpriu (art. 30, I, *a e b*, da Lei 8212/91).

No caso, como já afirmado, consta dos autos que, desde o encerramento do seu vínculo empregatício com a empresa SHELL (em 29/3/1996), o falecido não efetuou contribuições ao sistema previdenciário, perdendo, por consequência, a qualidade de segurado.

Quer me parecer que, aqui, estamos diante da clássica situação na qual a pessoa que viola uma regra jurídica invoca essa mesma regra a seu favor, buscando beneficiar-se da própria torpeza.

Desde a antiga LOPS, o tema acerca da responsabilidade do contribuinte individual pelo recolhimento das suas próprias contribuições envolve dificuldades operacionais de monta, que passam desde a alegação de ausência de remuneração do empresário (contribuinte), visando excluir a incidência da contribuição previdenciária, até o efetivo valor da contribuição que, eventualmente, se deve recolher, o que faz com que só venham a ser objeto de inspeção por ocasião do requerimento de algum benefício.

Daí a lei responsabilizá-lo pelo recolhimento das próprias contribuições.

Não cabe, portanto, a invocação do art. 37 da Lei 8212/91.

Já tivemos oportunidade de apreciar situação semelhante, nos autos da AR 2002.03.00.033252-0:

PROC.: 2002.03.00.033252-0 AR 2395
ORIG.: 94030908491 SAO PAULO/SP
9300000832 1 Vr TAMBAU/SP

AUTOR: AMELIA PEREIRA BRAGAGNOLLI

ADV: FERNANDO TADEU MARTINS

REU: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADV.: HERMES ARRAIS ALENCAR

RELATOR: DES.FED. MARISA SANTOS/TERCEIRA SEÇÃO

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO DO *DE CUJUS*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INVIABILIDADE.

...

VI - Ao contrário do que entende a autora, no que é acompanhada pela Procuradoria Regional da República, o fato de o falecido marido exercer a atividade na condição de trabalhador autônomo traz consequência de monta para o exame da causa, eis que, mesmo sob a vigência da CLPS/84, o vínculo previdenciário do trabalhador autônomo dependia da manutenção do pagamento das contribuições pertinentes, a teor do que então previa o seu art. 122, inc. II e §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, cujo salário-de-contribuição era apurado segundo a escala de salário-base, conforme o art. 135, II, a, da mesma CLPS, quadro legal que hoje se mantém, com alterações pontuais, bastando mencionar constituir responsabilidade própria ao trabalhador autônomo o recolhimento da exação em comento, segundo o art. 30, II, da Lei nº 8.212/91.

VII - Diante da não demonstração da condição de empregado na área rural, é de se considerar que, na qualidade de trabalhador autônomo, o falecido marido da autora não possuía qualquer vínculo previdenciário quando do óbito, do que emana a inviabilidade de concessão da pensão por morte aqui postulada, pois, como é cediço, os benefícios da Previdência Social somente são disponibilizados aos seus segurados e dependentes - art. 10 da Lei nº 8.213/91 -, e em relação ao *de cujus* não restou demonstrada justamente a sua qualidade segurado.

VIII - Ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em julgar improcedente a ação rescisória, na conformidade da Ata de Julgamento e nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora.

São Paulo, 25 de abril de 2007. (Data do julgamento)

De modo que, se o erro não foi determinante para o deslinde da causa, não há como reconhecer a ocorrência do erro de fato.

Nesse sentido, a tranqüila jurisprudência do STJ:

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.931 - MG (2008/0046443-2) (f)

RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA

REVISOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AUTOR: CYNTHIA COSTA GOULART DE FREITAS MAZOQUE

ADVOGADO: SÉRGIO GRANDINETTI DE BARROS E OUTRO(S)

RÉU: BANCO DO BRASIL S/A

ADVOGADO: ANGELO AURELIO GONCALVES PARIZ E OUTRO(S)

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA - PRELIMINAR - AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA DENTRO DO LAPSO DECADENCIAL DE DOIS ANOS - OCORRÊNCIA - AÇÃO ORIGINÁRIA TENDO POR OBJETIVO O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA GARANTIA OFERTADA (IMÓVEL DADO EM HIPOTECA), EM RAZÃO DA FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA DA ESPOSA DE UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA-MUTUÁRIA, BEM COMO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, DE ACORDO COM A MATÉRIA DEVOLVIDA NO RECURSO ESPECIAL, RECONHECE TÃO-SOMENTE A NULIDADE DA

GARANTIA - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO NÃO CONSISTE EM CONSECUTÓRIO LÓGICO DO REFERIDO PROVIMENTO, MORMENTE PORQUE A FALSIFICAÇÃO NÃO FOI ATRIBUÍDA AO BANCO REQUERIDO - AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.

I - O termo a quo do prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória, é o dia subsequente ao do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, sendo irrelevante, para a referida contagem, que o último recurso interposto não tenha sido conhecido, por não observar qualquer dos requisitos legais, inclusive o da tempestividade. Entendimento, ressalte-se, que restou cristalizado no Enunciado nº 401 da Súmula desta augusta Corte;

II - De acordo com a definição legal veiculada nos §§ 1º e 2º do artigo 485 do Código de Processo Civil, o erro de fato dá-se “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”. Em qualquer dessas hipóteses revela-se necessário, ainda, que o apontado erro de fato mostre-se imprescindível e determinante ao julgamento da controvérsia, a ser apurado mediante simples exame dos elementos constantes nos autos da ação rescindenda, sobre o qual “não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial” na ação originária;

III - As Instâncias Ordinárias, efetivamente, concluíram pela reconhecimento da falsificação da assinatura da esposa de um dos sócios da empresa-mutuária, o que, segundo a decisão final prolatada por esta augusta Corte, tornaria nula a hipoteca ofertada. Este desfecho, entretanto, de forma alguma, enseja a condenação do Banco-requerido ao pagamento de qualquer verba indenizatória, na circunstância de a falsificação da assinatura não ter sido atribuída à Instituição financeira, caso dos autos. Aliás, no ponto, o Tribunal de origem, de forma explícita, concluiu, diante dos elementos fático-probatórios reunidos nos autos, inexistir liame entre a conduta do Banco-mutuante, reputada lícita, e os danos supostamente percebidos pela autora, de cunho material e moral. Reconheceu-se, inclusive, que o Banco-requerido, na verdade, figurou como vítima da fraude levada a cabo por um dos sócios da empresa-mutuária.

IV - Portanto, absolutamente insubsistente a alegação de que o provimento do recurso especial, tão-somente para o efeito de anular a hipoteca (afastando o entendimento do Tribunal de origem que considerava subsistente a hipoteca, somente em relação à parte do sócio-devedor), não enseja, como se consecutório lógico fosse, o acolhimento da pretensão indenizatória.

V - *In casu*, o acórdão rescindendo sequer abordou o pedido indenizatório. E não o fez por uma razão bastante simples. O não enfrentamento, pelo acórdão rescindendo, do pedido indenizatório, afastado pelo Tribunal de origem, no que, ressalte-se, consistiria, segundo a autora, o alegado erro de fato, decorreu exclusivamente do fato de a questão não ter sido objeto de insurgência no recurso especial, conforme dá conta os documentos juntados pela autora (relatório do acórdão rescindendo, ut fl. 89). Nesse contexto, afigura-se sem respaldo legal a pretensão de rescindir uma decisão judicial, transitada em julgado, sob a alegação de erro de fato, quando tal erro (nos dizeres da parte autora) foi causado justamente por quem o alega.

VI - Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Seção, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Revisor), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília, 29 de fevereiro de 2012. (data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.058.386 - RJ (2008/0097676-6)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL VEIGA DE ALMEIDA - AEVA

ADVOGADO: YARA GENTILE RODRIGUES DA CUNHA E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADOS: CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)

JOSÉ MARCOS QUINTELLA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - ART. 485, IX DO CPC - ERRO DE FATO - PRESENÇA NOS AUTOS DE DOCUMENTO SUSTENTADO NO ACÓRDÃO RESCINDENDO COMO AUSENTE - RECONHECIMENTO - ERRO NÃO-DETERMINANTE - EXISTÊNCIA DE ARGUMENTO PREPONDERANTE DISTINTO COMO RAZÃO DE DECIDIR - IMPROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA.

1. O acórdão rescindendo não se baseou, exclusivamente, no erro de fato consubstanciado na desconsideração, pelo relator do voto condutor do acórdão rescindendo, do certificado de entidade de fins filantrópicos devidamente acostado aos autos da ação originária.

2. O reconhecimento do erro de fato na hipótese presente não tem a virtude de afastar o argumento preponderante das razões de decidir do acórdão rescindendo que foi o entendimento de que a imunidade referida no art. 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal, não excepciona a incidência do imposto sobre operações financeiras (§ 4º, art. 150, da CF), por ser *numerus clausus*.

3. Não se fundando o acórdão que se pretende desconstituir exclusivamente no erro de fato apontado, sem o qual a conclusão do órgão julgador teria sido diferente, mostra-se correta a improcedência da ação rescisória.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2008. (Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

É que, em tema de concessão de benefício, a regra é a manutenção da qualidade de segurado, ressalvados, apenas, os casos em que, embora tal quesito não esteja presente, o interessado tenha adquirido o direito a algum benefício (arts. 102, da Lei 8213/91, e 3º, da Lei 10.666/03), mas não formulou o requerimento administrativo.

Aliás, no RGPS, a hipótese não é tão rara, sendo bastante comum.

Podemos citar, como exemplo, os casos daqueles que completaram o período mínimo para a aposentadoria por tempo de serviço, mas não formularam pedido por temer receber um benefício de valor reduzido, ou daqueles que, doentes, não formularam pedido administrativo (auxílio-doença, aposentadoria, etc.) por causas diversas. Assim, deixam o tempo transcorrer e, quando perdem a qualidade de segurado, vêm a óbito.

Em casos tais, o direito ao benefício se perfez quando ostentavam a qualidade de segurado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico, e transferindo-se aos seus dependentes previdenciários, na forma de pensão.

Durante algum tempo a jurisprudência do STJ manteve certo conflito acerca da necessidade da qualidade de segurado do falecido para que os seus dependentes tivessem direito à

pensão por morte, pouco importando tivesse, ele, adquirido o direito a algum benefício previdenciário, bastando, para tanto, que tivesse cumprido a carência, pois que se entendia que não era necessário que os quesitos fossem cumpridos simultaneamente.

Contudo, aquela Corte acabou por consolidar seu posicionamento no sentido de que, havendo perda da qualidade de segurado, para o dependente ter direito à pensão, é necessário que o falecido tenha adquirido o direito a algum benefício previdenciário.

Destaco os precedentes, em ordem cronológica de julgamento, para demonstrar a evolução do pensamento daquela Corte:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 182.410 - SP (2000/0079066-4)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

EMBARGANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: JOSE MARIA RICARDO E OUTROS

EMBARGADO: IRENE RECHE DE SOUZA

ADVOGADO: RUBENS CAVALINI

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO, PENSÃO POR MORTE. PERDA DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. ART. 102 DA LEI 8.213/91.

Segundo precedentes “A perda da qualidade de segurado, após o preenchimento dos requisitos exigíveis para a concessão de pensão ou aposentadoria, não importa na extinção do direito à percepção do benefício.”

“Benefício. Fato gerador ocorrido antes da incidência da Lei 9.528/97. Direito adquirido. Art. 5º, XXXVI da CF/88.”

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Os Srs. Ministros FELIX FISCHER, GILSON DIPP, HAMILTON CARVALHIDO, JORGE SCARTEZZINI, PAULO GALLOTTI, EDSON VIDIGAL e FONTES DE ALENCAR votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. VICENTE LEAL. Brasília (DF), 09 de Maio de 2001. (data do julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 314.402 - PR (2001/0036412-8)

RELATOR: MINISTRO VICENTE LEAL

RECORRENTE: LIZETE MARIA KIAULENAS TWORKOWSKI

ADVOGADO: VICENTE PAULA DOS SANTOS E OUTROS

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: SIBELE REGINA LUZ GRECCO E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INEXISTÊNCIA. PERDA DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. ART. 102, DA LEI 8.213/91.

- *A discussão em torno da perda da condição de segurado pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias, não prejudica o direito à concessão de pensão por morte, a teor do artigo 102, da Lei 8.213/91.*

- Precedentes deste Superior Tribunal.

- Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os

Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, retificando decisão proferida em Sessão do dia 17.05.2001, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 29 de Maio de 2001. (data do julgamento)

EDCL NO RECURSO ESPECIAL Nº 314.402 - PR (2001/0036412-8)

RELATOR: MINISTRO VICENTE LEAL

EMBARGANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: SIBELE REGINA LUZ GRECCO E OUTROS

EMBARGADO: LIZETE MARIA KIAULENAS TWORKOWSKI

ADVOGADO: VICENTE PAULA DOS SANTOS E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. OMISSÃO e CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CARÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. DESNECESSIDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Aos embargos declaratórios podem ser conferidos efeitos infringentes, desde que ao sanar dúvidas e contradições, ou ainda, ao suprir omissão sobre ponto sobre o qual deveria ter-se manifestado o tribunal, resulte solução diversa da originariamente proclamada.

- O benefício da pensão por morte encontra-se entre aqueles para os quais não se exige o número mínimo de contribuições - a chamada carência - nos termos que dispõe o art. 26, I, da Lei nº 8.213/91.

- A qualidade de segurado é condição indispensável para a fruição do benefício previdenciário. Essa condição é mantida até 12(doze) meses após a cessação das contribuições, quando o segurado perde sua qualidade e, em consequência, deixa de fazer jus a qualquer benefício, inclusive pensão por morte, como preceitua o art. 15, II, da Lei nº 8.213/91.

- O art. 102, da Lei nº 8.213/91 assegura ao beneficiário o direito à percepção de pensão por morte, desde que preenchidos os requisitos antes da perda da qualidade de segurado.

- Embargos acolhidos. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2001. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 335.976 - RS (2001/0102989-3)

RELATOR: MINISTRO VICENTE LEAL

RECORRENTE: ANTÔNIO MACEDO JOAQUIM

ADVOGADO: PAULO ALBERTO VILLAS BOAS E OUTRO

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: CARLOS SILVEIRA HESSEL JUNIOR E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO INSS. REQUISITO NECESSÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DISSENSO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

- A qualidade de segurado é condição indispensável para a fruição do benefício previdenciário. Essa condição é mantida até 12(doze) meses após a cessação das contribuições, quando

o segurado perde sua qualidade e, em consequência, deixa de fazer jus a qualquer benefício, inclusive aposentadoria por idade, como preceitua o art. 15, II, da Lei nº 8.213/91.

- O art. 102, da Lei nº 8.213/91 assegura ao beneficiário o direito à percepção de aposentadoria, desde que preenchidos os requisitos antes da perda da qualidade de segurado.

- É imprescindível para a caracterização da divergência autorizadora da admissibilidade do recurso a transcrição dos trechos dos paradigmas que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas, porque nem sempre retrata com fidelidade a hipótese ementada (art. 255, do RISTJ).

- Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Brasília (DF), 18 de outubro de 2001. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 329.273 - RS (2001/0061195-7)

RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

RECORRENTE: LORECI TOLEDO E OUTRO

ADVOGADO: ROQUE VANELLI PINHEIRO E OUTRO

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: MÁRCIA PINHEIRO AMANTEA E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 8.213/91. INOCORRÊNCIA.

1. É requisito da pensão por morte que o segurado, ao tempo do seu óbito, detenha essa qualidade. Inteligência do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

2. “A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.” (artigo 102 da Lei nº 8.213/91).

3. O artigo 102 da Lei 8.213/91, ao estabelecer que a perda da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito ao benefício, condiciona sua aplicação ao preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei antes dessa perda.

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Brasília, 25 de junho de 2002. (Data do Julgamento)

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 314.402 - PR (2001/0036412-8)

RELATOR: MINISTRO VICENTE LEAL

EMBARGANTE: LIZETE MARIA KIAULENAS TWORKOWSKI

ADVOGADO: VICENTE PAULA SANTOS E OUTROS

EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: SIBELE REGINA LUZ GRECCO E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA.

- A finalidade do recurso de embargos de declaração é complementar o acórdão quando presente omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão, ou obscuridade nas razões desenvolvidas. Somente é possível conferir efeitos infringentes ou modificativos a tal recurso se para corrigir referidos defeitos, que não é o caso dos autos.
- Se ocorrera a perda da qualidade do segurado antes de sua morte, não assiste à viúva o benefício da pensão por morte, ante a ausência de um de seus requisitos ensejadores.
- Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2002. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 543.661 - SP (2003/0096036-8)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

RECORRENTE: DIRSON CORREIA

ADVOGADO: GILSON LÚCIO ANDRETTA E OUTRO

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: LIZANDRA LEITE BARBOSA E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DIREITO ADQUIRIDO. CARÊNCIA CUMPRIDA. CLPS/1984. ÓBITO. AUSÊNCIA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES.

1. Seguindo os rumos fincados pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, implementada a carência exigida pela lei então vigente, fica resguardado o direito à concessão da pensão por morte, sendo irrelevante a ausência da qualidade de segurado quando do falecimento do obreiro.

2. No caso, a trabalhadora, falecida em 18 de janeiro de 1994, contribuiu para a previdência entre julho de 1978 e março de 1987, razão pela qual, cumprido o período de carência, há direito à pensão por morte.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 524.006 - MG (2003/0038624-9)

RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

RECORRENTE: MARIA MARTA DOS SANTOS DE SOUZA

ADVOGADO: ILCA VÍTOR CIRIACO

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ALICE AIKO FUJIOKA YAMADA E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 8.213/91. INOCORRÊNCIA.

1. “1. É requisito da pensão por morte que o segurado, ao tempo do seu óbito, detenha essa qualidade. Inteligência do artigo 74 da Lei nº 8.213/91. 2. ‘A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.’ (artigo 102 da Lei nº 8.213/91). 3. O artigo 102 da Lei 8.213/91, ao estabelecer que a perda da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito ao benefício, condiciona sua aplicação ao preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei antes dessa perda.” (REsp 329.273/RS, da minha Relatoria, *in* DJ 18/8/2003).

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília, 16 de março de 2004. (Data do Julgamento)

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 543.853 - SP (2003/0096227-5)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI

AGRAVANTE: MARIA LAURA PRATES

ADVOGADO: JULIA MARIA CINTRA LOPES

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ESMERALDA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1 - A perda da qualidade de segurado quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria resulta na impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte.

2 - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 6 de abril de 2004. (data do julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 531.143 - RS (2003/0070850-8)

RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

RECORRENTE: ZAIRA SANCHEZ PETRÓ

ADVOGADO: PAULO ALBERTO VILLAS BOAS E OUTRO

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: RENATO RESCHKE E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 102 DA LEI Nº 8.213/91. INOCORRÊNCIA.

1. “1. É requisito da pensão por morte que o segurado, ao tempo do seu óbito, detenha essa qualidade. Inteligência do artigo 74 da Lei nº 8.213/91.

2. ‘A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis

para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios.' (artigo 102 da Lei nº 8.213/91).

3. O artigo 102 da Lei 8.213/91, ao estabelecer que a perda da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito ao benefício, condiciona sua aplicação ao preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei antes dessa perda." (REsp 329.273/RS, da minha Relatoria, in DJ 18/8/2003).

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília, 27 de abril de 2004. (Data do Julgamento)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 524.006 - MG (2004/0093753-3)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

EMBARGANTE: MARIA MARTA DOS SANTOS DE SOUZA

ADVOGADO: ILCA VÍTOR CIRIACO

EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ALICE AIKO FUJIOKA YAMADA E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. DE CUJUS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI Nº 8.213/91, SE RESTAR COMPROVADO O ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ANTES DA DATA DO FALECIMENTO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do *de cujos* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento.

2. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 09 de março de 2005. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 652.937 - PE (2004/0057150-2)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

RECORRENTE: LEONOR ROSA HOLANDA FERREIRA

ADVOGADO: MARIA JOSÉ BEZERRA

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: HELENA C M DE MEDEIROS E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. DE CUJUS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI Nº 8.213/91, SE RESTAR COMPROVADO O ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ANTES

DA DATA DO FALECIMENTO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do *de cujos* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento.

2. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de maio de 2005. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 764.051 - SP (2005/0108790-0)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

RECORRENTE: VICENZA VALERI SEMENTILLI

ADVOGADO: ALBERTO JORGE KAPAKIAN

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: SUZANA REITER CARVALHO E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. *DE CUJUS*. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI Nº 8.213/91, SE RESTAR COMPROVADO O ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ANTES DA DATA DO FALECIMENTO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do *de cujos* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento. *In casu*, não satisfeita tal exigência, a dependente do *de cujus* não tem direito ao benefício de pensão por morte.

2. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2005. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 547.202 - SP (2003/0095930-3)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

RECORRENTE: FÁBIO SOUZA PEREIRA E OUTROS

ADVOGADO: ODENEY KLEFENS

RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: CALIXTO GENÉSIO MODANESE E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. *DE CUJUS*. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PENSÃO, NOS TERMOS DO ART. 102 DA LEI Nº 8.213/91, SE RESTAR COMPROVADO O ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA, ANTES DA DATA DO FALECIMENTO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do *de cujos* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais

para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento. *In casu*, não satisfeita tal exigência, os dependentes da falecida não têm direito ao benefício pleiteado.

2. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2005. (Data do Julgamento)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 543.661 - SP (2004/0018150-4)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI

EMBARGANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ELINA MAGNAN BARBOSA E OUTROS

EMBARGADO: DIRSON CORREIA

ADVOGADO: GILSON LÚCIO ANDRETTA E OUTRO

DECISÃO

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1 - A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte.

2 - Embargos acolhidos.

...

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2005.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 547.202 - SP (2005/0206750-7)

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI

AGRAVANTE: FÁBIO SOUZA PEREIRA E OUTROS

ADVOGADO: ODENEY KLEFENS

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO: CALIXTO GENÉSIO MODANESE E OUTROS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. MATÉRIA PACÍFICA.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão recorrida.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que a perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 8 de março de 2006. (data do julgamento)

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 839.312 - SP (2006/0072745-3)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

AGRAVANTE: MARIA DE FÁTIMA OLIVEIRA SIQUEIRA E OUTRO

ADVOGADO: MÁRCIO ANTÔNIO VERNASCHI E OUTROS

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: JOSE RENATO BIANCHI FILHO E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. *DE CUJUS*. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

1. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do *de cujos* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento. *In casu*, não satisfeita tal exigência, os dependentes do falecido não têm direito ao benefício pleiteado.

2. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006. (Data do Julgamento)

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 314.402 - PR (2002/0126283-0)

RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

AGRAVANTE: LIZETE MARIA KIAULENAS TWORKOWSKI

ADVOGADO: VICENTE PAULA SANTOS E OUTROS

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS E OUTROS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

1. Havendo similitude das teses desenvolvidas nos acórdãos em confronto, inviável a oposição dos embargos de divergência.

2. “A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte” (AgRg EREsp 547.202/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 24/4/2006).

3. Agravo regimental conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2006. (Data do Julgamento)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 263.005 - RS (2004/0068345-0)

RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

EMBARGANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADORA: VANESSA MIRNA BARBOSA GUEDES DO REGO E OUTRO(S)

EMBARGADO: JANE MARIA BALESTRIN PEREIRA

ADVOGADO: ROQUE VANELLI PINHEIRO E OUTRO

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO QUE NÃO PREENCHEU OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ANTES DO FALECIMENTO.

1. “A perda da qualidade de segurado, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte” (AgRgEREsp nº 547.202/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 24/4/2006).

2. A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o *de cujus* não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela Previdência Social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar.

3. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e Felix Fischer. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti.

Brasília, 24 de outubro de 2007. (Data do Julgamento)

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 543.177 - SP (2004/0018020-3)

RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: ELINA MAGNAN BARBOSA E OUTRO(S)

AGRAVADO: MARIA DO CARMO BRANCO PORTELA

ADVOGADO: ODENEY KLEFENS E OUTRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. QUESTÃO PACIFICADA. SÚMULA Nº 168/STJ.

1. Preenchidos os requisitos para a obtenção de benefício previdenciário pago pela Previdência Social, a perda da qualidade de segurado não constitui óbice à concessão de pensão por morte aos dependentes do *de cujus*.

2. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 168).

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Jorge Mussi, Nilson Naves e Felix Fischer.

Brasília, 13 de fevereiro de 2008. (Data do Julgamento)

AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 964.594 - RS (2007/0148564-0)

RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI

AGRAVANTE: MARIA DE LUJAN PEREZ SALABERRY

ADVOGADO: PATRÍCIA ALOVISI E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: BRUNO ANTÔNIO SCHURHAUS E OUTRO(S)

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO OCORRIDA ANTES DO ÓBITO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA PENSÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. O *decisum* agravado merece ser mantido por seu próprio fundamento, pois está afinado com o entendimento jurisprudencial sobre o tema, segundo o qual a perda da qualidade de segurado não impede a concessão de pensão por morte a dependentes se, antes do falecimento, o *de cujus* preencheu as exigências legais para aposentadoria.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2008. (Data do Julgamento)

AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 775.352 - SP (2005/0139018-6)

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: MARCELO WEHBY E OUTRO(S)

INTERES.: D A DA S (MENOR)

REPR. POR: SHIRLEI DO NASCIMENTO

ADVOGADO: MÁRCIA TEIXEIRA BRAVO

EMENTA

Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado.

1. É da jurisprudência da Terceira Seção que a pensão por morte é garantida aos dependentes do *de cujus* que tenha perdido a qualidade de segurado, desde que preenchidos os requisitos legais de qualquer aposentadoria antes da data do falecimento, o que, na hipótese, não ocorreu.

2. Tal é a interpretação conferida ao art. 102 da Lei n° 8.213/91 tanto na redação original quanto na redação modificada pela Lei n° 9.528/97.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 30 de outubro de 2008. (data do julgamento)

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 593.398 - SP (2004/0039902-9)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

AGRAVANTE: ROSA DE ANDRADE SOARES E OUTRO(S)

ADVOGADO: HENRIQUE ANTÔNIO PATARELLO

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: LUIZ MARCELO COCKELL E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO QUE NÃO PREENCHEU OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ANTES DO FALECIMENTO. VALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência da Terceira Seção é no sentido de que a pensão por morte é garantida aos dependentes do *de cujus* que tenha perdido a qualidade de segurado, desde que preenchidos os requisitos legais de qualquer aposentadoria antes da data do falecimento.

2. Exegese extraída do art. 102 da Lei nº 8.213/91, tanto na redação original, quanto na redação modificada pela Lei nº 9.528/97.

3. A correta valoração da prova e sua aplicação ao direito aplicado, não conduz ao reexame de matéria fática, como vedado pela Súmula 07/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 23 de abril de 2009. (Data do Julgamento)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.110.565 - SE (2009/0001382-8)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: RISONEIDE GONÇALVES DE ANDRADE E OUTRO(S)

RECORRIDO: VALFRIZO NOGUEIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: JOSÉ DIAS GUIMARÃES

EMENTA

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO *DE CUJUS* DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A condição de segurado do *de cujus* é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte ao(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - *In casu*, não detendo a *de cujus*, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, Após o voto do Sr. Ministro Felix Fischer (Relator), dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura, pediu vista o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Retomado o julgamento, após o voto vista em mesa do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho acompanhando o Ministro Relator, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos

termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

A Dra. Milene Goulart Valadares sustentou oralmente pelo recorrente.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009. (Data do Julgamento)

Lendo o inteiro teor de alguns desses julgados (disponível em “www.stj.jus.br”), observa-se que nem mesmo o elevado número de contribuições efetuadas pelo falecido foi suficiente para que aquela Corte flexibilizasse seu posicionamento [v. RESP. 531.143 - RS (26 anos de contribuições); RESP. 764.051 - SP (aproximadamente 22 anos); RESP. 1.110.565 - SE (132 contribuições - 11 anos)].

Quanto a esse último recurso (RESP. 1.110.565 - SE), observe-se que o tema foi analisado pela Terceira Seção já sob a disciplina do art. 543-C do CPC que, buscando efetivar a economia e celeridade processuais propugnadas constitucionalmente (art. 5º, LXXVIII), autoriza o juízo de retratação na própria Corte de origem da decisão que contrariar o precedente do tribunal superior.

O enunciado da Súmula 416 do STJ:

É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito.

No caso, o *de cujus* (ARI TADEU DOS ANJOS) nasceu em 22-10-1954 (fls. 30) e faleceu em 22-08-2000 (fls. 57), portanto, com 46 anos de idade, não fazendo jus à aposentadoria por idade.

Quanto ao período contributivo, os elementos colhidos dos autos revelam que o falecido tinha os seguintes períodos:

Empresa	Início	Fim
PAE S/A IND. E COM. DE METAIS	1/3/1970	6/9/1971
SOM IND. E COM. S/A	21/2/1972	27/6/1973
TRANSUAUTO TRANSP. ESP. S/A	30/3/1975	16/12/1975
SINCARBON IND. E COM. S/A	17/12/1975	17/3/1976
PETROQUIMICA UNIÃO S/A	13/9/1976	23/9/1976
SHELL BRASIL S/A	16/11/1976	29/3/1996

São, aproximadamente, 23 anos de contribuições, insuficientes à concessão da aposentadoria por tempo de serviço.

Restaria, então, a aposentadoria por invalidez, mas, também, não há, em relação a ela, elementos que autorizem a sua concessão (informações sobre eventual enfermidade incapacitante contemporânea à época em que ostentava a qualidade de segurado).

Logo, como o último vínculo laboral se encerrou em 29-03-1996 e o óbito se deu em 22-08-2000 (fls. 57), é forçoso reconhecer que, à época de seu falecimento, o falecido já havia perdido a condição de segurado do RGPS sem ter direito a qualquer benefício.

Este, também, tem sido o posicionamento desta Terceira Seção:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. INÉPCIA DA INICIAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. AFASTAMENTO. PENSÃO POR MORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 7º, 8º, § 1º E 36 DA LEI Nº 3.807/60. QUALIDADE DE SEGURADO E PERÍODO DE CARÊNCIA. REQUISITOS QUE NÃO SE CONFUNDEM.

I - O exame da inicial demonstra que a autora pretende a rescisão do julgado, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC, alegando afronta aos arts. 7º, 8º, § 1º e 36, da Lei nº 3.807/60, razão pela qual é de afastar-se a preliminar de inépcia da inicial.

II - Nos termos do art. 36, da Lei nº 3.807/60 - vigente à época do óbito - era necessária não só a comprovação da qualidade de segurado do *de cujus*, como também do período de carência, representado pelo pagamento de doze contribuições mensais.

III - *In casu*, somente foi comprovado o vínculo laboral no período de 1º/6/62 a 31/12/64, tendo o óbito ocorrido em 13/7/72, data em que não mais subsistia a qualidade de segurado do falecido, requisito esse que não se confunde com o período de carência.

IV - Matéria preliminar rejeitada. Improcedência da rescisória.

(3ª Seção, AR Proc. 98.03.007176-9, Rel. Des. Fed. NEWTON DE LUCCA, j. em 25-02-2010, decisão unânime)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. CARÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ÉPOCA DO ÓBITO. DECRETO Nº 89.312/84. MATÉRIA INCONTROVERSA. LEI Nº 8.213/91. SÚMULA Nº 343 DO STF. JUSTIÇA GRATUITA.

I - A preliminar de carência de ação suscitada pelo réu confunde-se com o mérito e com ele será examinada.

II - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula nº 343 do STF.

III - A r. decisão rescindenda firmou o entendimento no sentido de que o falecido havia perdido a qualidade de segurado no momento do óbito, tendo em vista o transcurso de tempo entre a data de seu último vínculo empregatício registrado em CTPS (15.10.1968) e a data do evento morte (15.10.1986), de modo a concluir pela inexistência do direito da ora autora ao benefício de pensão por morte.

IV - A interpretação adotada pela r. decisão rescindenda encontra guarida em pacífica jurisprudência, em se tratando de pedido de pensão por morte cujo óbito ocorrera em momento em que vigia o Decreto nº 89.312/84, já que o falecido marido da autora deixou de contribuir por quase 18 anos e não fazia jus a qualquer tipo de aposentadoria, sendo irrelevante o cumprimento da carência de 12 meses então exigida.

V - Em se tratando a autora de beneficiária da Justiça Gratuita, não há ônus de sucumbência a suportar.

VI - Preliminar argüida em contestação rejeitada. Pedido em ação rescisória julgado improcedente.

(3ª Seção, AR Proc. 2008.03.00.002502-9, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO, j. em 26-11-2009, decisão unânime)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA - PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA - CARÊNCIA.

1. O benefício de pensão por morte é concedido independentemente de carência, devendo, no

entanto, o falecido, no momento de sua morte, deter a qualidade de segurado.

2. Ausente essa condição, julga-se improcedente a ação.

(1ª Seção, AR 239, Proc. 93.03.108455-1, Rel. DES. FED. OLIVEIRA LIMA, j. em 07-04-2000, decisão unânime)

Como se vê, de há muito - inclusive quando a matéria estava submetida à apreciação da 1ª Seção - esta Corte vem decidindo que os dependentes do falecido só têm direito à pensão se este, no momento do óbito, ostenta a qualidade de segurado ou tenha adquirido o direito a qualquer benefício, embora não requerido.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido. Deixo de condenar a autora ao pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, tendo em vista ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 148/149), seguindo a orientação adotada pelo STF no sentido de que “a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida”, pois “ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais” (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).

Comunique-se ao JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP, por onde tramitam os autos de nº 2005.61.26.000864-2, dando-se ciência do inteiro teor deste acórdão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0002864-86.2008.4.03.6183

(2008.61.83.002864-0)

Agravante: IVANILDE COSTA SILVA CARDOSO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 260/262

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AC 1837735

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Rejeito a preliminar argüida.

II - No tocante à questão do laudo pericial e da prova oral, esclareça-se que cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade, para formação do seu convencimento, nos termos do art. 130 do CPC.

III - O processo encontra-se suficientemente instruído e a oitiva de testemunhas não seria prova útil e hábil a demonstrar o alegado, já que a matéria somente pode ser comprovada por prova técnica, elaborada por perito judicial. Não teria, assim, o condão de afastar as conclusões da perícia.

IV - Não há que se falar em cerceamento de defesa.

V - Não procede a insurgência da parte agravante, porque não preenchidos os requisitos legais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

VI - Trata-se de pedido de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O primeiro benefício previdenciário está previsto no art. 18, inciso I, letra “a” da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 42 do mesmo diploma e resumem-se em três itens prioritários, a saber: a real incapacidade do autor para o exercício de qualquer atividade laborativa; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado. Por seu turno, o auxílio-doença encontra sua previsão no art. 18, inciso I, letra “e” da Lei nº 8.213/91, e seus pressupostos estão descritos no art. 59 da citada lei, os quais arrola a seguir: a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado. Logo, o segurado incapaz, insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade laborativa ou afastado de seu trabalho ou função habitual por mais de 15 (quinze) dias, que tenha uma dessas condições reconhecida em exame médico pericial (art. 42, § 1º e 59), cumprindo a carência igual a 12 contribuições mensais (art. 25, inciso I) e conservando a qualidade de segurado (art. 15) terá direito a um ou outro benefício.

VII - Constam dos autos: CTPS da autora, informando estar, atualmente, com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade (data de nascimento em 01/07/1959), constando

dois vínculos empregatícios, a saber: o primeiro, de 01/09/2002 a 03/03/2003, em serviços domésticos, e o segundo, a partir de 01/03/2004, sem data de saída, como acompanhante; documentos relativos a concessões, prorrogações e cessação de auxílios-doença; comunicação de decisão do INSS, informando o indeferimento do pedido de auxílio-doença, apresentado em 31/01/2008, em razão de parecer contrário da perícia médica; atestados e receituários médicos, informando transtornos psiquiátricos.

VIII - A Autarquia trouxe pesquisas ao sistema Dataprev, informando a concessão de auxílio-doença, de 19/06/2006 a 02/09/2007 e a partir de 03/09/2007, sendo este último implantado em razão da tutela concedida nestes autos, posteriormente revogada.

IX - Perícia médica judicial (11/12/2010), realizada por especialista em psiquiatria. Assevera o expert que “os achados de exame psíquico evidenciados pelo periciando durante a entrevista não são compatíveis com nenhum distúrbio mental. Não foi constatada, durante a realização da entrevista, a presença de sinais que corroborem o diagnóstico de transtorno afetivo bipolar, como a presença de polarização de humor. Vale ressaltar que as doses de medicações alegadas no relatório médico não são as habitualmente usadas nessa doença, por serem normalmente ineficazes. O padrão de respostas da pericianda é altamente sugestivo de simulação de doença mental”.

X - Atesta o Sr. Perito, com base na documentação médica apresentada e no exame clínico realizado, que “não está caracterizada situação de incapacidade laborativa atual ou prévia, sob ótica psiquiátrica. O quadro é altamente sugestivo de simulação”.

XI - O perito foi claro ao afirmar a inexistência de incapacidade laborativa.

XII - Não há dúvida sobre a idoneidade do profissional indicado pelo Juízo *a quo*, apto a diagnosticar a enfermidade apontada pela parte autora que, após detalhada perícia médica, atestou a capacidade da autora para o exercício de atividade laborativa, não havendo razão para a determinação de uma nova perícia, uma vez que o laudo judicial revelou-se peça suficiente a apontar o estado de saúde da requerente.

XIII - O perito, na condição de auxiliar da Justiça, tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido. Exerce função de confiança do Juízo, sendo nomeado livremente para o exame, vistoria ou avaliação que dependam de conhecimento técnico do qual o Magistrado é desprovido.

XIV - A recorrente não apresentou qualquer documento capaz de afastar a idoneidade ou a capacidade do profissional indicado para este mister e que a resposta a quesitos complementares em nada modificaria o resultado na demanda, uma vez que não há uma única pergunta de cunho médico que já não esteja respondida no laudo.

XV - O conjunto probatório revela que a autora não logrou comprovar a existência de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91; tampouco logrou comprovar a existência de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59 da Lei 8.212/91, como requerido; dessa forma, o direito que persegue não merece ser reconhecido.

XVI - Dispensável a análise dos demais requisitos, já que a ausência de apenas um deles impede a concessão dos benefícios pretendidos.

XVII - Decisão monocrática com fundamento no artigo 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à 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. XVIII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

XIX - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

XX - 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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): A parte autora interpõe agravo da decisão proferida a fls. 260/262, que nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao seu recurso.

Argui, preliminarmente, o cerceamento de defesa, ante o indeferimento da produção de prova oral. Alega, em síntese, que a decisão merece reforma, sustentando ter preenchido os requisitos para a concessão do benefício pleiteado, notadamente a incapacidade permanente para o trabalho.

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): Rejeito a preliminar argüida. Não procede a insurgência da parte agravante.

Primeiramente, no tocante à questão do laudo pericial e da prova oral, esclareça-se que cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade, para formação do seu convencimento, nos termos do art. 130 do CPC.

Cabe, ainda, anotar que o processo encontra-se suficientemente instruído e a oitiva de testemunhas não seria prova útil e hábil a demonstrar o alegado, já que a matéria somente pode ser comprovada por prova técnica, elaborada por perito judicial. Não teria, assim, o condão de afastar as conclusões da perícia.

Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa.

No mérito, trata-se de pedido de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. O primeiro benefício previdenciário está previsto no art. 18, inciso I, letra “a” da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 42 do mesmo diploma e resumem-se em três itens prioritários, a saber: a real incapacidade do autor para o exercício de qualquer atividade laborativa; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado.

Por seu turno, o auxílio-doença encontra sua previsão no art. 18, inciso I, letra “e” da Lei nº 8.213/91, e seus pressupostos estão descritos no art. 59 da citada lei, os quais arrolo a seguir: a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos; o cumprimento da carência; a manutenção da qualidade de segurado.

Logo, o segurado incapaz, insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade laborativa ou afastado de seu trabalho ou função habitual por mais de 15 (quinze dias), que tenha uma dessas condições reconhecida em exame médico pericial (art. 42, § 1º e 59), cumprindo a carência igual a 12 contribuições mensais (art. 25, inciso I) e conservando a qualidade de segurado (art. 15) terá direito a um ou outro benefício.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

(...) A inicial é instruída com os documentos de fls. 28/129, dos quais destaco:

- CTPS da autora, informando estar, atualmente, com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade (data de nascimento em 01/07/1959), constando dois vínculos empregatícios, a saber: o primeiro, de 01/09/2002 a 03/03/2003, em serviços domésticos, e o segundo, a partir de 01/03/2004, sem data de saída, como acompanhante;
- documentos relativos a concessões, prorrogações e cessação de auxílios-doença;
- comunicação de decisão do INSS, informando o indeferimento do pedido de auxílio-doença, apresentado em 31/01/2008, em razão de parecer contrário da perícia médica;
- atestados e receituários médicos, informando transtornos psiquiátricos.

A Autarquia trouxe, a fls. 152/153, pesquisas ao sistema Dataprev, informando a concessão de auxílio-doença, de 19/06/2006 a 02/09/2007 e a partir de 03/09/2007, sendo este último implantado em razão da tutela concedida nestes autos, posteriormente revogada.

Submeteu-se a requerente à perícia médica judicial (fls. 191/193 - 11/12/2010), realizada por especialista em psiquiatria.

Assevera o *expert* que “os achados de exame psíquico evidenciados pelo periciando durante a entrevista não são compatíveis com nenhum distúrbio mental. Não foi constatada, durante a realização da entrevista, a presença de sinais que corroborem o diagnóstico de transtorno afetivo bipolar, como a presença de polarização de humor. Vale ressaltar que as doses de medicações alegadas no relatório médico não são as habitualmente usadas nessa doença, por serem normalmente ineficazes. O padrão de respostas da pericianda é altamente sugestivo de simulação de doença mental”.

Em sua conclusão, atesta o Sr. Perito, com base na documentação médica apresentada e no exame clínico realizado, que “não está caracterizada situação de incapacidade laborativa atual ou prévia, sob ótica psiquiátrica. O quadro é altamente sugestivo de simulação”.

Neste caso, o perito foi claro ao afirmar a inexistência de incapacidade laborativa.

Ressalte-se que não há dúvida sobre a idoneidade do profissional indicado pelo Juízo *a quo*, apto a diagnosticar a enfermidade apontada pela parte autora que, após detalhada perícia médica, atestou a capacidade da autora para o exercício de atividade laborativa, não havendo razão para a determinação de uma nova perícia, uma vez que o laudo judicial revelou-se peça suficiente a apontar o estado de saúde da requerente.

No mais, o perito, na condição de auxiliar da Justiça, tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido. Exerce função de confiança do Juízo, sendo nomeado

livremente para o exame, vistoria ou avaliação que dependam de conhecimento técnico do qual o Magistrado é desprovido.

Acrescente-se, ainda, que a recorrente não apresentou qualquer documento capaz de afastar a idoneidade ou a capacidade do profissional indicado para este mister e que a resposta a quesitos complementares em nada modificaria o resultado na demanda, uma vez que não há uma única pergunta de cunho médico que já não esteja respondida no laudo.

Assim, neste caso, o conjunto probatório revela que a autora não logrou comprovar a existência de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91; tampouco logrou comprovar a existência de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59 da Lei 8.212/91, como requerido; dessa forma, o direito que persegue não merece ser reconhecido.

Logo, a sentença deve ser mantida, nos termos do entendimento jurisprudencial pacificado. Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. PRECLUSÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA.

1. A prova pericial deve ser impugnada na forma prevista nos artigos 425, 435 e 437 do CPC. Preclusão consumativa.

2. A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que comprove a incapacidade e a carência de 12 (doze) contribuições mensais.

3. A prova pericial acostada aos autos revela que a apelante não sofre qualquer incapacidade para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

4. Não preenchidos os requisitos legais para obtenção do benefício de aposentadoria por invalidez (artigo 42 da Lei nº 8.213/91), correta a sentença que o indeferiu.

5. Recurso improvido.”

(TRF 3ª Região - Apelação Cível - 803047 - Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ Data: 11/02/2003 Página: 190 - Rel. Juíza MARISA SANTOS)

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES LABORATIVAS HABITUAIS. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. O auxílio-doença somente é devido ao segurado que comprove os requisitos do artigo 59 da Lei nº 8.213/91.

2. Tendo o laudo pericial concluído que o autor não está incapacitado para o exercício de suas funções laborativas habituais, não faz jus à concessão de auxílio-doença, nos termos dos artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/91.

3. Ante a ausência de comprovação de incapacidade laboral, é desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão do auxílio-doença.

4. Apelação do autor improvida.”

(TRF 3ª Região - Apelação Cível - 285835 - Órgão Julgador: Décima Turma, DJ Data: 18/09/2004 Página: 589 - Rel. Juiz GALVÃO MIRANDA)

Dispensável a análise dos demais requisitos, já que a ausência de apenas um deles impede a concessão dos benefícios pretendidos. (...)

Cumprе ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, 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.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Neste sentido, 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, incorre 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 Regional, 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.

Neste sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de

evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388)

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.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0004980-31.2009.4.03.6183

(2009.61.83.004980-4)

Embargante: MOISES MARTINS DE OLIVEIRA

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.132/133

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 1756513

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/06/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. NATUREZA ACIDENTÁRIA. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. EFEITOS INFRINGENTES.

I. A matéria tratada nestes autos não se refere ao simples restabelecimento do auxílio-acidente de natureza acidentária, sendo, o cerne da questão, a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com benefício de natureza previdenciária, uma vez que o referido auxílio foi suspenso em razão da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

II. A presente demanda não está compreendida na exceção do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, já que a mesma não tem como causa acidente ocorrido no exercício laboral, cuja análise é de competência da Justiça Estadual. O que se discute no caso atual é a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria por tempo de contribuição concedida ao autor, afigurando-se inequívoca a competência da Justiça Federal para apreciá-lo.

III. Reformulando posicionamento anterior, há de ser reconhecida a competência federal para apreciar o presente feito, em acompanhamento aos recentes julgados proferidos por esta Turma.

IV. Embargos de declaração providos, com efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de junho de 2013.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): A parte autora opôs o presente recurso de embargos de declaração em face do v. acórdão das fls. 132/133 dos

autos, assim ementado *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-ACIDENTE DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA DE OFÍCIO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

I. A ação em tela versa sobre o restabelecimento de auxílio-acidente decorrente de acidente do trabalho, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para julgar o presente pedido, consoante disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal e na EC nº 45/2004.

II. É irrelevante que o objeto da ação seja a concessão ou revisão de auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença acidentário ou reabilitação profissional, pois a exceção constitucional é expressa e a competência, firmada em razão da matéria, abrange todos os seus desdobramentos e incidentes, que não perdem a natureza essencial de lide acidentária.

III. Agravo a que se nega provimento.

Tratam-se de embargos de declaração em ação de restabelecimento de auxílio-acidente onde o v. acórdão proferido pela Décima Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo da parte autora.

Alega a parte embargante, em síntese, que haveria contradição a ser sanada no julgado, uma vez que a competência para julgar os casos em que se pretende a acumulação do auxílio-acidente decorrente de acidente do trabalho com a aposentadoria voluntária é da Justiça Federal, como ocorre no presente caso.

É o relatório.

À mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, assevero que o artigo 535 do CPC admite embargos de declaração quando na sentença ou no acórdão houver obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Razão assiste ao embargante, uma vez que este Relator decidiu reformular seu entendimento, haja vista recentes julgados proferidos por esta E. Turma.

Trata a presente ação de pedido de restabelecimento de auxílio-acidente concedido em decorrência de acidente do trabalho, que foi cessado em razão da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

Observa-se que a matéria tratada nestes autos não se refere ao simples restabelecimento do auxílio-acidente de natureza acidentária, sendo, o cerne da questão, a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com benefício de natureza previdenciária.

Nesses termos, a presente demanda não está compreendida na exceção do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, já que a mesma não tem como causa acidente ocorrido no exercício laboral, cuja análise é de competência da Justiça Estadual. O que se discute no caso atual é a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria por tempo de contribuição concedida ao autor, afigurando-se inequívoca a competência da Justiça Federal para apreciá-lo.

Nesse sentido, há de se observar o acórdão proferido pelo C. STF:

ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM AUXÍLIO SUPLEMENTAR. RECURSO JULGADO POR TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA QUE NÃO SE INSERE NA RESSALVA CONTEMPLADA PELO ART. 109, I, DA CF. QUESTÃO QUE ENVOLVE APENAS ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RE IMPROVIDO.

I- Tratando-se de matéria de interesse do INSS, qual seja, a possibilidade ou não de acumulação de proventos da aposentadoria com o auxílio suplementar, a matéria refoge à competência da Justiça comum.

II- Questão que não se enquadra na ressalva do art. 109, I, da CF, visto que não cuida exclusivamente de acidente do trabalho.

III- Reconhecida a competência da Justiça Federal para julgar o feito.

IV- Recurso extraordinário improvido.

(STF - Recurso Extraordinário nº 461.005-1, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, J: 08-04-2008, DJe: 08-05-2008, Publicação: 09-05-2008)

Isto posto, *dou provimento aos embargos de declaração*, com efeitos infringentes, a fim de reconhecer a competência da Justiça Federal para apreciar a presente demanda.

É o voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0001646-50.2011.4.03.6140

(2011.61.40.001646-0)

Apelante: DAMIANA MARIA DE LIMA
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Agravada: DECISÃO DE FOLHAS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUA - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
 Classe do Processo: AC 1845902
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 8.742/93. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). REQUISITO FINANCEIRO ESTABELECIDO NA LEI. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.
2. O Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da existência de repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18/04/2013, firmou entendimento segundo o qual, as significativas mudanças econômicas, bem como as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram outros critérios econômicos que aumentaram o *valor padrão* da renda familiar *per capita*, de sorte que *ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização*.
3. É de se reconhecer que o requisito financeiro para fins de concessão do benefício assistencial e regulamentado pela Lei 8.742/93 deve feito analisando-se a peculiaridade do caso concreto.
4. Inexiste ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.
3. 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, 22 de outubro de 2013.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo Ministério Público Federal contra a r. decisão monocrática (fls. 119/120vº) que negou provimento à apelação da parte autora para manter a sentença de improcedência do pedido de concessão de benefício assistencial.

Sustenta o agravante, que a parte autora preencheu os requisitos legais para a concessão do benefício. Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF 3ª Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Em sede de agravo legal a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

O Ministério Público Federal interpôs o presente agravo legal pugnando pela reconsideração da decisão agravada. Tal recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do Relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

A respeito do critério da comprovação da incapacidade da família para prover a manutenção do deficiente ou idoso, dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93: *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*. Requisito que restou reproduzido no inciso IV do artigo 4º do Decreto 6.214/07.

Referido critério foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente, conforme ementa a seguir reproduzida:

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)

Em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do § 3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, o requisito financeiro estabelecido pela lei começou a ter sua constitucionalidade contestada, pois, na prática, permitia que situações de patente miserabilidade social fossem

consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Assim, a jurisprudência passou a admitir a possibilidade do exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Interpretação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do CPC (REsp 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28/10/2009; DJ 20/11/2009).

Em decorrência, a questão voltou à análise do Supremo Tribunal Federal, que após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18/04/2013, prevaleceu o entendimento segundo o qual as significativas mudanças econômicas, bem como as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram outros critérios econômicos que aumentaram o *valor padrão* da renda familiar *per capita*, de sorte que *ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização*, conforme ementa a seguir transcrita:

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 critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem 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. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação - no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação - que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis

que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam 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). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Órgão Julgador: Tribunal Pleno, J. 18/04/2013, DJe-173 DIVULG 03/09/2013, PUBLIC 04/09/2013)

Desta forma, não desconhece este Juízo que a aferição da pobreza do requerente do benefício assistencial em questão não fica limitada ao enquadramento do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, podendo ser analisado caso a caso.

Contudo, em que pese tratar-se de pessoa portadora de deficiência mental, não vislumbro nestes autos, o preenchimento do requisito da miserabilidade previsto na norma instituidora do benefício (203, inciso V, da Constituição Federal), pois o estudo social realizado em outubro de 2010 (fls. 59/60) revela que a requerente reside com os genitores, um irmão e uma irmã, em casa própria. A renda da unidade familiar é composta, respectivamente, pelos benefícios previdenciários de aposentadoria recebidos pelos pais da requerente, no valor de R\$ 620,00 (seiscentos e vinte reais), e de um salário mínimo, do benefício assistencial recebido pela irmã da autora, de R\$ 70,00 (setenta reais) provenientes do aluguel de um imóvel, bem como por valores referentes ao rendimento mensal do estabelecimento comercial da genitora da requerente, não tendo sido informados valores fixos no estudo social.

Assim, ainda que do cálculo da renda familiar seja excluído o valor do benefício assistencial recebido pela irmã da autora, a teor do disposto no parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, não é possível a concessão do benefício assistencial, uma vez que o benefício em questão não é fonte de aumento de renda, mas um mínimo existencial àqueles a quem não resta mais nada a não ser a intervenção do Estado, o que não revela a hipótese dos autos.

Acresce relevar que em sede de agravo legal, ora sob análise, o Ministério Público Federal não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, a fim de permitir a este Julgador aferir a ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder da decisão recorrida, casos em que, quando presentes, autorizam a reforma da decisão, motivo pelo qual a simples rediscussão da matéria, já decidida pelo Relator, não padece de reforma.

Assim considerando, mantenho a r. decisão recorrida, pois inexistente ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que justifique sua reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSUAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001684-04.2011.4.03.6127
(2011.61.27.001684-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSE AUGUSTO DOS SANTOS
Parte Ré: ESPLANADA COM. E TRANSPORTES DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. EPP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1793378
Diário Eletrônico: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/05/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA.

I – Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo *a quo*, no sentido de que aplica-se *in casu* o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe.
II – Apelação do INSS improvida.

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, 21 de maio de 2013.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação previdenciária, condenando o réu ao pagamento do benefício de salário maternidade ao autor. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa. Não houve condenação em custas e despesas processuais. Foi confirmada a decisão que antecipou os efeitos da tutela à fl. 18/21.

O benefício de salário maternidade foi implantado pelo INSS, consoante fl. 58.

O réu, em suas razões de inconformismo, pugna pela reforma da r. sentença, argumentando a impossibilidade de concessão do benefício de salário maternidade para homem, sendo

exclusivo às seguradas (mulheres) do RGPS.

Sem contrarrazões de apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Objetiva a parte autora, com o presente feito, a concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade, em virtude do nascimento de seus filhos gêmeos Matheus Augusto dos Santos e Lucas Augusto dos Santos (30.06.2008; fl. 11/12).

Quanto ao benefício de salário-maternidade, a Lei 8.213/91 dispõe:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, 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.

No caso em tela, cumpre esclarecer que a genitora abandonou os seus bebês com 15 dias de vida, conforme se verifica do Boletim de Ocorrência à fl. 13, restando para o pai toda a responsabilidade e cuidado com as crianças, sendo necessário dedicação em tempo integral, inclusive com a amamentação artificial dos recém-nascidos.

Como bem salientou o juiz “a quo” (fl. 184v), *embora a legislação previdenciária não disponha expressamente sobre o direito do pai ao benefício de salário-maternidade, deve-se recorrer, por analogia, às normas constitucionais vigentes, que protegem, de forma igualitária, os direitos dos filhos, independentemente da origem ou de quem dispense os cuidados e atenção correlatos.*

Dessa forma, considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo *a quo* no sentido de que aplica-se *in casu* o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe.

Por outro lado, depreende-se dos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais (anexo) e da CTPS (fl. 08) do autor, que restou comprovada a sua qualidade de segurado.

Assim, restam preenchidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de salário-maternidade, nos termos do art. 71 e seguintes, da Lei 8.213/91.

No que tange à verba honorária, o E. STJ já decidiu que se aplica às autarquias o disposto no parágrafo 4º, do art. 20, do CPC (STJ 1ª Turma, REsp. 12.077-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.09.1991, negaram provimento v.u., DJU de 21.10.1991, p. 14.732), mantendo-se os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação.

Diante do exposto, *nego provimento à apelação do INSS.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004994-29.2012.4.03.6112
(2012.61.12.004994-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: MARICELMA CRISTINA MAGALHÃES, LISANDRA MAGALHÃES DA SILVA (incapaz) E DANIEL MAGALHÃES DA SILVA (incapaz)
Representante: MARICELMA CRISTINA MAGALHÃES DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: AC 1857190
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/11/2013

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face da r. sentença que julgou procedente o pedido formulado, para conceder o benefício de auxílio-reclusão desde a data do requerimento administrativo. Honorários advocatícios fixados em 10% da condenação, desconsideradas as parcelas vincendas de acordo com a Súmula nº 111/STJ. Foi confirmada a antecipação dos efeitos da tutela.

Em suas razões recursais, o INSS pugna pela reforma da r. sentença, alegando que o último salário-de-contribuição recebido pelo segurado ultrapassou o limite legal vigente à época da prisão.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 86/88), opinou pela reforma, de ofício, do termo inicial do benefício, a fim de que seja alterado para a data da prisão, uma vez que os autores são absolutamente incapazes e pelo parcial provimento ao recurso de apelação do INSS, apenas para fixar o termo final na data em que foi conferida a liberdade ao segurado (29/10/2012-anexo).

É o relatório.

A matéria discutida comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, alterou, dentre outros, o artigo 557 do Código de Processo Civil, e conferiu ao relator a possibilidade de dar provimento ou negar seguimento ao recurso “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal superior.”

O direito ao auxílio-reclusão dos dependentes dos segurados de baixa renda é garantido pelo art. 201, IV, da CF/88, *in verbis*:

Artigo 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

IV. salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Para sua concessão, é necessária a comprovação dos seguintes requisitos: qualidade de segurado do recluso; dependência econômica do beneficiário; não recebimento, pelo recluso,

de remuneração, de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único: O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

O auxílio-reclusão é benefício que independe do cumprimento de carência, à semelhança da pensão por morte (art. 26, I, da Lei 8.213/91).

O Atestado de Permanência Carcerária juntado à fl. 22 demonstra que o recluso foi preso em 22/02/2012.

Nos termos do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o cônjuge, a companheira ou companheiro, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência mental ou intelectual que o torne absoluta ou relativamente incapaz.

No caso dos autos, constata-se que os autores são respectivamente, esposa e filhos do recluso, conforme documentos acostados às fls. 15/17, portanto, a dependência econômica é presumida, nos termos do art. 16, § 4º da Lei nº 8.213/91.

Em relação à qualidade de segurado, constata-se que o último vínculo empregatício do recluso cessou em 10 de novembro de 2011 (fl. 19), enquadrando-se na hipótese do art. 15, II da Lei 8.213/91. Em relação à renda auferida pelo detento, o E. STF no julgamento da repercussão geral nº 587.365, em 25.03.2009, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu que a renda do segurado preso é a que deve ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão e não a dos seus dependentes:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO- RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio- reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, RE Nº 587.365, data do julgamento: 25.03.2009, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI)

Prevê o art. 334 da IN 45/2010:

Art. 334. Quando o efetivo recolhimento à prisão tiver ocorrido a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o benefício de auxílio-reclusão será devido desde que o último salário-de-contribuição do segurado, tomado no seu valor mensal, seja igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), atualizado por

Portaria Ministerial, conforme tabela constante no Anexo XXXII.

...

§ 2º Quando não houver salário-de-contribuição na data do efetivo recolhimento à prisão, será devido o auxílio-reclusão, desde que:

I - não tenha havido perda da qualidade de segurado; e

II - o último salário-de-contribuição, tomado em seu valor mensal, na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho seja igual ou inferior aos valores fixados por Portaria Ministerial, conforme Anexo XXXII.

§ 3º Para fins do disposto no inciso II do § 2º deste artigo, a Portaria Ministerial a ser utilizada será a vigente na data da cessação das contribuições ou do afastamento do trabalho.

§ 4º O disposto no inciso II do § 2º deste artigo, aplica-se aos benefícios requeridos a partir de 11 de outubro de 2001, data da publicação da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 2001.

§ 5º Se a data da prisão recair até 15 de dezembro de 1998, véspera da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, aplicar-se-á a legislação vigente à época, não se aplicando o disposto no *caput* deste artigo.

§ 6º O segurado que recebe por comissão, sem remuneração fixa, terá considerado como salário-de-contribuição mensal o valor auferido no mês do efetivo recolhimento à prisão, observado o disposto no § 2º deste artigo.

Portanto, o valor teto do salário de contribuição do segurado é fixado por Portaria Ministerial, conforme segue:

Período	Salário de contribuição tomado em seu valor mensal
De 16/12/1998 a 31/05/1999	R\$ 360,00
De 01/06/1999 a 31/05/2000	R\$ 376,60
De 01/06/2000 a 31/05/2001	R\$ 398,48
De 01/06/2001 a 31/05/2002	R\$ 429,00
De 01/06/2002 a 31/05/2003	R\$ 468,47
De 01/06/2003 a 30/04/2004	R\$ 560,81
De 01/05/2004 a 30/04/2005	R\$ 586,19
De 01/05/2005 a 31/03/2006	R\$ 623,44
De 01/04/2006 a 31/03/2007	R\$ 654,61
De 01/04/2007 a 29/02/2008	R\$ 676,27
De 01/03/2008 a 31/01/2009	R\$ 710,08
De 01/02/2009 a 31/12/2009	R\$ 752,12
A partir de 01/01/2010	R\$ 810,18
A partir de 01/01/2011	R\$ 862,11
A partir de 15/07/2011	R\$ 862,60
A partir de 01/01/2012	R\$ 915,05
A partir de 01/01/2013	R\$ 971,78

Apesar de constar no Sistema CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais (fl. 36) que seu último salário-de-contribuição foi de R\$ 1.186,90, ou seja, superior ao valor estabe-

lecido pela Portaria nº 02/2012, que fixou o teto em R\$ 915,05, para o período, o mesmo não poderá ser utilizado como parâmetro para a não concessão do benefício de auxílio-reclusão, pois o segurado, quando da sua prisão, encontrava-se desempregado, enquadrando-se no art. 116, § 1º, do Decreto 3.048/1999.

Neste sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. PARÂMETRO PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RENDA DO SEGURADO PRESO AO TEMPO DO ENCARCERAMENTO. SEGURADO DESEMPREGADO. PERÍODO DE GRAÇA. PRECEDENTES DO STF. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL. DISTRIBUTIVIDADE DO BENEFÍCIO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA.

1. A limitação constitucionalmente preposta refere-se a mera distributividade do benefício de auxílio-reclusão. Ademais, importa notar que o valor fixado para fins de “baixa-renda” não se mantém estagnado, o que, de fato, denotaria inconstitucionalidade em face dos avanços temporais, tendo sido progressivamente elevado por intermédio de diversas Portarias do Ministério da Previdência e Assistência Social.

2. Cumpre observar que, após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o auxílio-reclusão passou a ser devido unicamente aos segurados de baixa renda (artigo 201, IV, da CF), estabelecendo o artigo 13 da EC referida que, enquanto não houvesse legislação infraconstitucional que esclarecesse quais são os segurados que se enquadrariam na definição “de baixa renda”, deveriam ser assim considerados aqueles com renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00.

3. Oportuno salientar que a renda bruta mensal máxima a que se referem os dispositivos acima mencionados é a renda do segurado preso, e não a de seus dependentes.

4. Com relação especificamente ao valor máximo de renda bruta do recluso, cumpre esclarecer que não se manteve congelado desde então. Tem sido, na verdade, atualizado por diversas portarias do Ministério da Previdência e Assistência Social.

5. O auxílio-reclusão é devido a dependentes do segurado recluso, desde que este possua “baixa renda” ao tempo do encarceramento, nos termos acima delineados, ou então esteja desempregado ao tempo da prisão (desde que não tenha perdido a qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.213/91).

6. Faz-se necessário, portanto, que, ao requerer o benefício em questão, seu(s) dependente(s) comprove(m) essa condição (sua dependência econômica em relação ao recluso), bem como que faça(m) prova da prisão e da manutenção do recluso no cárcere ao tempo do ajuizamento da ação. É necessário, outrossim, que comprove(m) a condição de segurado do recluso, bem como o fato deste possuir renda igual ou inferior ao previsto nas portarias ministeriais.

7. Verifica-se que ao tempo do encarceramento - ao 01.11.2011 (fl. 19), o genitor dos autores estava em período de graça, e, portanto, mantinha sua qualidade de segurado, tendo em vista seu último vínculo empregatício ter cessado em dezembro de 2010, conforme o documento de fl. 18, quando seu salário-de-contribuição foi no valor de R\$ 1.338,00.

8. Apesar de seu último salário-de-contribuição ser maior do que o valor estabelecido pela Portaria nº 407, de 14.07.2011, que fixou o teto em R\$ 862,60, para o período, ele não poderá ser utilizado como parâmetro para a não concessão do benefício de auxílio-reclusão, pois o segurado, quando da sua prisão, encontrava-se desempregado, em período de graça, enquadrando-se perfeitamente no art. 116, § 1º, do Decreto 3.048/1999, já descrito acima, sendo de rigor a concessão do benefício na presente hipótese.

9. Com relação ao recebimento do auxílio-doença pelo segurado, sua cessação deu-se em 13.11.2011, conforme o documento de fl. 24, devendo ser o auxílio-reclusão pleiteado, concedido a partir do dia 14.11.2011, pois é vedada por Lei a cumulação desses benefícios.

10. À vista do referido, é possível concluir, em juízo de cognição sumária, pelo preenchimento dos requisitos exigidos para a implementação, em sede de tutela antecipada, do benefício de

auxílio-reclusão, haja vista estarem presentes os critérios do artigo 273 do Código de Processo Civil.

11. Vale acrescentar que, a irreversibilidade da tutela antecipada é a de ordem jurídica e não fática. Sempre será possível reverter a implantação do benefício pela mera revogação da ordem concessiva. Assim sendo, não há que falar em malferimento do artigo 273, § 3º, do Código de Processo Civil.

12. Agravo Legal a que se nega provimento.

(TRF-3ª Região, Agravo de Instrumento nº 0024473- 11.2012.4.03.0000, data da publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/03/2013, Relator: Des. Fed. Fausto De Sanctis)

No tocante ao termo inicial, em que pese a não ocorrência de prescrição ou decadência contra os absolutamente incapazes, nos termos do art. 198, I, do CC, deixo de alterá-lo conforme requerido pelo MPF às fls. 87/88, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*. Portanto, o termo inicial do benefício deve ser mantido da data do requerimento administrativo (04/04/2012), conforme requerido pela parte autora e deferido na r. sentença.

No entanto, constato pelos documentos trazidos pelo MPF às fls. 90/91, que o segurado encontra-se em liberdade desde 29/10/2012, devendo ser este o termo final para a concessão do benefício.

Assim, preenchidos os requisitos legais, reconhece-se o direito dos autores ao benefício de auxílio-reclusão, a partir da data do requerimento administrativo até a data da sua soltura.

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros de mora de meio por cento ao mês incidem, a partir da citação, de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Com o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de 30.06.2009 os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS, no tocante a fixação do termo final para a concessão do benefício (29/10/2012), na forma acima explicitada.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Int.

São Paulo, 18 de novembro de 2013.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0033480-03.2012.4.03.9999

(2012.03.99.033480-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 103/108

Interessada: MARGARIDA LOPES

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEDREGULHO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AC 1777737

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AUXÍLIO DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO OCORRÊNCIA. INCAPACIDADE PARCIAL. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AVERIGUAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE. ATIVIDADE LABORATIVA. NÃO IMPEDIMENTO. NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. Restaram comprovados os requisitos da carência e da qualidade de segurado, porquanto a autora manteve vínculos empregatícios desde 01.07.1992 até os dias atuais, embora não ininterruptamente, e usufruiu do benefício de auxílio doença entre 04 e 23.04.2013, cumprindo, assim, o disposto nos Arts. 15, II, 24, parágrafo único, e 25, I, da Lei 8.213/91.

2. A análise da efetiva incapacidade do segurado para o desempenho de atividade profissional há de ser averiguada de forma cuidadosa, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como idade, aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas. Precedentes do STJ.

3. A manutenção do vínculo empregatício não impede a concessão do benefício por incapacidade, nos casos em que o segurado, apesar das limitações sofridas em virtude dos problemas de saúde, permanece em sua atividade laborativa, por necessidade de manutenção do próprio sustento e da família, e, inclusive, recolhendo as contribuições previdenciárias devidas.

4. Diante do conjunto probatório, aliado ao livre convencimento motivado, nos termos dos Arts. 131 e 332, do CPC, e Art. 5º, LVI, da CF/88, é de rigor a concessão do benefício de auxílio doença, a partir da citação, convertido em aposentadoria por invalidez a partir da data da decisão agravada.

5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de outubro de 2013.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo legal, contra decisão que deu provimento à apelação da parte autora, para conceder-lhe o benefício de auxílio doença, a partir da citação (26.04.2011), convertê-lo em aposentadoria por invalidez a partir da data da decisão agravada (31.07.2013), e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Sustenta o agravante, em suma, que, na data do ajuizamento da ação e na data da DIB fixada, a parte autora não detinha a qualidade de segurada no RGPS, pois esteve vinculada até 01.02.2002, conforme CTPS de fls. 12 e CNIS de fls.109, mantendo sua qualidade de segurada até março de 2013; ressaltando que o vínculo de 01.03.2005 a 30.12.2011 é estatutário e que “o auxílio-doença concedido administrativamente em 04.04.2013 considerou a qualidade de segurada readquirida com o vínculo de 14.03.2012 a 06.2013”.

Aduz, ainda, a ausência de incapacidade laborativa total a ensejar o auxílio doença ou a aposentadoria por invalidez, pelo que assevera que não foram preenchidos os requisitos necessários.

Alega, por fim, a violação aos Arts. 42 e 59, da Lei 8.213/91, tendo em vista a impossibilidade de recebimento de auxílio doença desde 26.04.2011 e aposentadoria por invalidez desde julho de 2013, época em que está provada sua atividade laborativa; sendo devido o benefício a partir do dia seguinte ao fim do último vínculo empregatício.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): A decisão agravada (fls. 103/108) foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação de rito ordinário em que se busca a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, ao fundamento de ausência de incapacidade total, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais, honorários periciais no valor de R\$ 200,00, e advocatícios, estes fixados em R\$ 622,00, ressaltando a observação à gratuidade processual.

A parte autora pleiteia a reforma integral do julgado, com a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença, aduzindo que preenche os requisitos legais.

Com a manifestação do INSS, à fl. 101, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

O benefício de auxílio doença está previsto no Art. 59, da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

“Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

Portanto, é benefício devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o exercício de sua profissão.

Por sua vez, a aposentadoria por invalidez expressa no Art. 42, da mesma lei, “verbis”:

“A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz

e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

Como se vê dos dados constantes do extrato do CNIS, que ora determino seja juntado aos autos, e cópias da CTPS às fls. 08/12, a autora manteve vínculos empregatícios desde 01.07.1992 até os dias atuais, embora não ininterruptamente, e usufruiu do benefício de auxílio doença entre 04 a 23.04.2013.

Deste modo, restaram cumpridas a carência e a qualidade de segurada, nos termos dos Arts. 15, inciso II, 24, parágrafo único, e 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

Quanto à capacidade laboral, o laudo pericial, referente ao exame realizado em 07.11.2011, atesta que a periciada é portadora de hipertensão arterial, diabetes mellitus, e espondiloartrose em coluna vertebral, apresentando incapacidade laborativa parcial e permanente (fls. 54/63). Afirma o sr. Perito que a incapacidade é para a atividades que demandem esforço físico de grau moderado, e que a autora poderá manter-se na atividade habitual, porém com restrições, pois, considerando sua idade, o esforço pode levar ao agravamento das lesões (fls. 59 e 62, resposta ao quesito 08).

À fl. 55, consigna o experto o resultado dos exames e teor dos atestados médicos apresentados pela autora, os quais confirmam o acometimento pelas enfermidades supramencionadas, e a incapacidade laborativa.

A análise da questão da incapacidade da parte autora, indispensável para a concessão do benefício, exige o exame do conjunto probatório carreado aos autos e não apenas as conclusões do laudo médico pericial.

Como já dito, a autora usufruiu do benefício de auxílio doença entre 04 a 23.04.2013 (CNIS). A presente ação foi ajuizada em 10.02.2011.

Verifica-se que a autora não trouxe aos autos quaisquer elementos demonstradores do seu quadro clínico, no entanto, a análise e conclusão médico-pericial de fls. 54/63, fundamentada no exame clínico e documentos médicos apresentados por ocasião da perícia (conforme consignado às fls. 55/56), por si só, permite a conclusão de que à época da propositura da demanda encontrava-se doente e incapacitada para as suas atividades laborais.

É sabido que a análise da efetiva incapacidade do segurado para o desempenho de atividade profissional há de ser averiguada de forma cuidadosa, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como idade, aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas. A análise dos dados do CNIS e cópias da CTPS (fls. 08/12) revelam as atividades profissionais desenvolvidas pela autora: “serviços gerais” e “auxiliar de cozinha”. Como é de conhecimento geral, para o exercício de tais funções é imprescindível a realização de esforço físico, sob pena de má execução das tarefas pertinentes.

Desta forma, malgrado a conclusão pericial de incapacidade apenas parcial, considerando soma das moléstias que acometem a autora, somadas à sua idade (prestes a completar 61 anos), grau de instrução (1ª série do 1º grau, fl. 61), atividades habituais (serviços gerais e auxiliar de cozinha, CNIS e cópias da CTPS às fls. 08/12), e possibilidade de agravamento do quadro com o passar dos anos, não há como deixar de reconhecer a inviabilidade de sua permanência no trabalho habitual, tampouco a possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Em situações análogas, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO À PROVA PERICIAL. ART. 42 DA LEI Nº 8.213/91. SÚMULA 168/STJ.

1. Estando o v. acórdão embargado em perfeita sintonia com a orientação jurisprudencial sedimentada desta Corte Superior, firme no sentido da ‘desnecessidade da vinculação do magistrado à prova pericial, se existentes outros elementos nos autos aptos à formação do seu convencimento, podendo, inclusive, concluir pela incapacidade permanente do segurado em exercer qualquer atividade laborativa, não obstante a perícia conclua pela incapacidade

parcial', revela-se inafastável a aplicação, *in casu*, do enunciado sumular nº 168/STJ, segundo o qual 'não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado'.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg nos EREsp 1229147/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 30/11/2011) e “AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO VINCULAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. OUTROS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. INCAPACIDADE DEFINITIVA. CUMPRIMENTO DE REQUISITO LEGAL. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o magistrado não está adstrito ao laudo, devendo considerar também aspectos sócio-econômicos, profissionais e culturais do segurado a fim de aferir-lhe a possibilidade ou não, de retorno ao trabalho, ou de sua inserção no mercado de trabalho, mesmo porque a invalidez laborativa não é meramente o resultado de uma disfunção orgânica, mas uma somatória das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo.

2. Havendo a Corte regional concluído pela presença das condições necessárias à concessão do benefício, com base em outros elementos constantes dos autos, suficientes à formação de sua convicção, modificar tal entendimento, importaria em desafiar a orientação fixada pela Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp 81.329/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 01/03/2012)

Destarte, é de ser reformada a r. sentença, devendo o réu conceder o benefício de auxílio doença à autora, a partir da data da citação (26.04.2011, fl. 18), convertê-lo em aposentadoria por invalidez a partir da data desta decisão (31.07.2013), e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. REQUISITOS ATENDIDOS. POSSIBILIDADE DE REVERSÃO. IRRELEVÂNCIA. TERMO INICIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O acórdão impugnado reconheceu a existência do nexo causal entre a moléstia e a incapacidade laborativa informada pelo laudo pericial.

2. É pacífica a jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, de que não se pode condicionar a percepção do auxílio-acidente à plausibilidade de reversão da incapacidade laborativa do segurado, estabelecendo limites não-previstos na legislação previdenciária.

3. É cediço que a citação tem o efeito material de constituir o réu em mora. Assim, o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, não sendo parâmetro para fixação de termo inicial de aquisição de direitos.

4. O termo inicial para a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e auxílio-doença é a data da citação da autarquia previdenciária, nos termos do art. 219 do CPC.

5. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 871.595/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 24/11/2008)

Ressalte-se que a manutenção do vínculo empregatício não impede a concessão do benefício por incapacidade, nos casos em que o segurado, apesar das limitações sofridas em virtude dos problemas de saúde, permanece em sua atividade laborativa, por necessidade de manutenção do próprio sustento e da família, e, inclusive, recolhendo as contribuições previdenciárias devidas. Pois, seria temerário exigir que se mantivesse privado dos meios de subsistência, enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício pleiteado, seja na esfera administrativa ou na judicial.

Por oportuno, para prevenir eventual alegação, consigno que a concessão, também, de auxílio-doença ao invés de somente aposentadoria por invalidez não configura julgamento *ultra* ou *extra petita*, uma vez que o primeiro representa um minus em relação ao último, de cuja concessão difere apenas quanto ao grau da incapacidade, questão eminentemente técnica e que só pode ser esclarecida quando da realização da perícia médica.

Vale ressaltar que a lei que rege os benefícios securitários deve ser interpretada de modo a garantir e atingir o fim social ao qual se destina. O que se leva em consideração é o atendimento dos pressupostos legais para a obtenção do benefício, sendo irrelevante sua nomeação. Ademais, pelo princípio da economia processual e solução *pro misero*, as informações trazidas aos autos devem ser analisadas com vistas à verificação do cumprimento dos requisitos previstos para o benefício pleiteado e, em consonância com a aplicação do princípio da *mihi facto, dabo tibi jus*, tem-se que o magistrado aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado (STJ - RTJ 21/340).

Neste sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFERIDO AUXÍLIO-DOENÇA EM VEZ DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECISÃO *EXTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A sentença, restabelecida pela decisão em sede de recurso especial, bem decidiu a espécie, quando, reconhecendo o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de auxílio-doença, deferiu-o ao segurado, não obstante ter ele requerido aposentadoria por invalidez. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 868.911/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 17/11/2008);

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO. JULGAMENTO ‘EXTRA PETITA’. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE PROVAS. - Em tema de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, é lícito ao juiz, de ofício, enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, em face da relevância da questão social que envolve o assunto. - Não ocorre julgamento ‘extra petita’ na hipótese em que o órgão colegiado ‘a quo’, em sede de apelação, concede o benefício do auxílio-doença, ainda que a pretensão deduzida em juízo vincule-se à concessão da aposentadoria por invalidez, ao reconhecer a incapacidade temporária do obreiro. - Uma vez observados os parâmetros legais, torna-se descabida a reapreciação, via especial, do ‘quantum’ fixado a título de honorários advocatícios nas instâncias ordinárias, em razão do óbice da Súmula 07, desta Corte. - Recurso especial não conhecido.” (REsp 193.220/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/1999, DJ 08/03/1999, p. 272);

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. I - Tanto o benefício de auxílio-doença quanto o de aposentadoria por invalidez possuem a mesma natureza, sendo a diferença existente entre ambos meramente circunstancial, dependente do grau de incapacidade do segurado. No caso em tela, não se verifica qualquer prejuízo à parte autora, a qual teve toda a oportunidade de defender a sua pretensão, tendo sido seu pedido julgado improcedente por ter o magistrado *a quo* concluído pela ausência de qualquer tipo de inaptidão laborativa. II - Visto que o médico que examinou o demandante não constatou qualquer problema em seu sistema ortopédico e foi taxativo ao afirmar que, ao exame físico, não foi constatada inaptidão laborativa, não se justifica a concessão do benefício de auxílio-doença. Ademais, no contexto da causa, não se pode superar o óbice representado pelo fato de que o autor conseguiu trabalhar pelo menos até dezembro de 2008, apesar da limitação de que afirma ser portador, o que infirma a suposta incapacidade de que sofreria. III - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do autor nos ônus de sucumbência. IV - Preliminar de julgamento *extra petita* rejeitada. Apelação do autor improvida.” (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1369950; Processo: 2008.03.99.054483-4; UF: SP; Órgão Julgador: DÉCIMA TURMA; Data do Julgamento: 12/05/2009; Fonte: DJF3 CJ1

DATA:27/05/2009 PÁGINA: 553; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO) e

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. JULGAMENTO *EXTRA* OU *ULTRA PETITA* NÃO CARACTERIZADO. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COMPROVADOS. RENDA MENSAL INICIAL. ADOÇÃO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EFETIVAMENTE RECOLHIDOS. IMPOSSIBILIDADE. AUMENTO EXTRAORDINÁRIO AO ARREPIO DA LEGISLAÇÃO. ART. 29, § 4º LEI 8.213/91. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TUTELA ANTECIPADA. I - Não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita* a decisão que concede aposentadoria por invalidez ao segurado que havia requerido auxílio-doença, vez que os pressupostos para a concessão dos benefícios têm origem na mesma situação fática, distinguindo-se apenas quanto à irreversibilidade da lesão incapacitante. II - Segundo o princípio consagrado nos brocardos *iura novit cúria* e *mihi factum dabo tibi ius*, cumpre à parte autora precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes adequado enquadramento legal. Precedentes jurisprudenciais. (...)” (AC nº 2003.03.99.032301-7/SP, Rel. Des. Federal Marianina Galante, DJU de 20.06.2007, p. 459) e

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. PRELIMINAR DE SENTENÇA *ULTRA PETITA*. REJEIÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ARTS. 42, 25 E 26 DA L. 8.213/91. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. CUSTAS. HONORÁRIOS DE PERITO E DE ADVOGADO. I - O auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez alicerçam-se em idênticas situações de fato, distinguindo-se, em regra, pela irreversibilidade do mal, daí por que, conforme concluir o laudo pericial médico, se condizente com o conjunto probatório, a concessão de um ou outro benefício, não implica julgamento *ultra petita*. (...)” (AC nº 2003.03.99.001195-0/SP, Rel. Des. Federal Castro Guerra, DJU de 10.01.2005, p. 130).

Quanto aos consectários, o Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que “o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento”.

O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

Desta forma, por força do Art. 31, da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A, da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.

Os juros de mora de 0,5% ao mês incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do Art. 406, do Código Civil e do Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A partir de 30.06.2009, aplica-se o Art. 5º, da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, *verbis*:

“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC INEXISTENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão embargado tratou, de forma fundamentada, de todas as questões relevantes à solução da lide, sendo certo que: i) as argumentações atinentes ao artigo 7º, I, da LC 95/98 e à inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009 configuram inovação recursal, e ii) a coisa julgada não impede a aplicação da Lei 11.960/2009, a qual deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, em relação ao período posterior à sua vigência, até o efetivo cumprimento da obrigação, em observância ao princípio do *tempus regit actum*. Precedentes: AgRg nos EREsp 953.460/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 25/05/2012; EREsp 935.608/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe 06/02/2012; REsp 1.111.117/PR, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 02/09/2010.

2. Embargos declaratórios rejeitados.”

(EDcl no REsp 1205946/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/10/2012, DJe 26/10/2012)

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das prestações devidas até a data desta decisão.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96, do Art. 24-A, da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP nº 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/92. As demais despesas processuais (honorários periciais, condução de testemunhas, etc.) são devidas.

Posto isto, com base no Art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação interposta, nos termos em que explicitado.

Independentemente do trânsito em julgado desta decisão, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos da parte autora, em cumprimento ao Provimento Conjunto nº 69/2006, alterado pelo Provimento Conjunto nº 71/2006, ambos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da Terceira Região e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, a fim de que se adotem as providências cabíveis ao cumprimento desta decisão, conforme os dados do tópico síntese do julgado abaixo transcrito, com observância, inclusive, das disposições do Art. 461 e §§ 4º e 5º, do CPC.

Se no curso do processo o INSS tiver concedido administrativamente à parte autora o amparo social ao idoso (espécie 88) ou à pessoa portadora de deficiência (espécie 87), será feita a implantação do benefício previdenciário e se cancelará o benefício assistencial (Lei 8.742/93, Art. 20, § 4º).

Tópico síntese do julgado:

- a) nome do segurado: Margarida Lopes;
- b) benefício: auxílio doença e aposentadoria por invalidez;
- c) número do benefício: indicação do INSS;
- d) renda mensal: RMI e RMA a ser calculada pelo INSS;

e) DIB: auxílio doença: 26.04.2011;
aposentadoria por invalidez: 31.07.2013.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Conforme consignado no *decisum*, restaram comprovados os requisitos da carência e da qualidade de segurado, porquanto a autora manteve vínculos empregatícios desde 01.07.1992 até os dias atuais, embora não ininterruptamente, e usufruiu do benefício de auxílio doença entre 04 e 23.04.2013, cumprindo, assim, o disposto nos Arts. 15, II, 24, parágrafo único, e 25, I, da Lei 8.213/91.

No que se refere à incapacidade, como visto, o sr. Perito afirma que a incapacidade é para a atividades que demandem esforço físico de grau moderado, e que a autora poderá manter-se na atividade habitual, porém com restrições, pois, considerando sua idade, o esforço pode levar ao agravamento das lesões (fls. 59 e 62, resposta ao quesito 08); tendo o laudo pericial atestado a incapacidade laborativa parcial e permanente (fls. 54/63).

Ressalte-se que a análise da efetiva incapacidade do segurado para o desempenho de atividade profissional há de ser averiguada de forma cuidadosa, levando-se em consideração as suas condições pessoais, tais como idade, aptidões, habilidades, grau de instrução e limitações físicas.

Como se observa da decisão agravada, “malgrado a conclusão pericial de incapacidade apenas parcial, considerando soma das moléstias que acometem a autora, somadas à sua idade (prestes a completar 61 anos), grau de instrução (1ª série do 1º grau, fl. 61), atividades habituais (serviços gerais e auxiliar de cozinha, CNIS e cópias da CTPS às fls. 08/12), e possibilidade de agravamento do quadro com o passar dos anos, não há como deixar de reconhecer a inviabilidade de sua permanência no trabalho habitual, tampouco a possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”.

Frise-se que a manutenção do vínculo empregatício não impede a concessão do benefício por incapacidade, nos casos em que o segurado, apesar das limitações sofridas em virtude dos problemas de saúde, permanece em sua atividade laborativa, por necessidade de manutenção do próprio sustento e da família, e, inclusive, recolhendo as contribuições previdenciárias devidas. Pois, seria temerário exigir que se mantivesse privado dos meios de subsistência, enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício pleiteado, seja na esfera administrativa ou na judicial.

Assim, diante do conjunto probatório aliado ao livre convencimento motivado, nos termos dos Arts. 131 e 332, do CPC, e Art. 5º, LVI, da CF/88, é de rigor a concessão do benefício de auxílio doença, a partir da citação (26.04.2011), convertido em aposentadoria por invalidez a partir da data da decisão agravada (31.07.2013).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0036057-75.2012.4.03.0000

(2012.03.00.036057-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 41/46
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: PAULO CESAR DE QUEIROZ SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AI 494078
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1 - O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade).

2 - O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer 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.

3 - No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, aliado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

4 - Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

5 - O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

6 - Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante

do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2013.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face da Decisão (fls. 41/46) que, fundamentada negou seguimento ao Agravo de Instrumento que objetivava a concessão da tutela antecipada em Ação Ordinária proposta com o objetivo de concessão do benefício de licença-paternidade nos moldes do salário-maternidade.

Em suas razões (fls. 49/49vº), o INSS alega, em resumo, que não existe previsão legal para a concessão do benefício pleiteado.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Em que pesem as alegações do agravante, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da Decisão monocrática alvo do presente Agravo.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na Decisão agravada:

Nos termos do art. 273 e incisos do Código de Processo Civil, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou,

II) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade).

O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer 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.

Acerca do benefício pleiteado nos presentes autos, assim disciplina a Lei nº 8.213/1991:

“Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

[...]

VI - como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento;

VII - como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado

urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do *caput* do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas *a* e *b* deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.” (sem grifos no original)

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

[...]

III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei. [...]” (sem grifos no original)

“Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

[...]

VI - salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica.” (sem grifos no original)

“Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

[...]

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.” (sem grifos no original)

Nos autos, restou comprovada a qualidade de segurado do autor, genitor da criança, por meio de cópias de sua CTPS (fls. 18/20), à época do parto.

No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

Obviamente, nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados aos seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

Por fim, temos ainda o art. 227 da CF, que assim preconiza:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Não se olvide que a licença-paternidade está prevista também na Constituição Federal, no inciso XIX de seu artigo 7º, nos termos fixados em Lei. Já o ADCT estabelece, em seu artigo 10, § 1º:

“§ 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

Tal norma transitória é a utilizada para a concessão da licença-paternidade, tendo em vista não existir, até hoje, a lei regulamentadora.

É importante salientar também, que com a concessão do pedido, não haverá quebra do equilíbrio atuarial da Seguridade Social, pois o genitor da criança tem a qualidade de segurado, inclusive com contribuições regulares aos cofres do INSS.

Trata-se em verdade, de verdadeiro confronto de Princípios Constitucionais, em que deve preponderar o Direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana, materializados, nesse caso, na vida dessa criança, que necessita dos cuidados paternos por um tempo maior, em virtude de situação tão dolorosa.

Assim já decidiu esta Egrégia Corte, com relação ao salário-maternidade, porém o raciocínio é o mesmo para a licença-maternidade, pois aquele é consequência desta:

“PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE.

- O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. - O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. - Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício, tanto é que, nos casos de adoção, se presume a menor necessidade de auxílio quanto maior for a idade do adotado. Não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família. - Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010. - Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal. - O benefício é previsto na legislação previdenciária, por prazo determinado, com sua respectiva fonte de custeio, e foi concedido a segurado (contribuinte) do Regime Geral. - Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(AI 00273078420124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/02/2013 FONTE_REPUBLICACAO) A concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, como pleiteada pelo autor é que, nesse caso específico, dá máxima efetividade ao Texto Constitucional.

À vista do referido, é possível concluir, em juízo de cognição sumária, pelo preenchimento dos requisitos exigidos para a implementação, em sede de tutela antecipada, da licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade e também da sua remuneração no período, ou seja, o salário maternidade correspondente à licença, calculado com base no salário-de-contribuição

do agravado, por estarem presentes os critérios do artigo 273 do Código de Processo Civil, como acertadamente determinou a r. Decisão agravada (fls. 23/25).

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo.

É como voto.

Desembargador Federal **FAUSTO DE SANCTIS** - Relator

Direito Processual Civil



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

0041493-49.1992.4.03.6100

(2008.03.99.047875-8)

Embargante: ESPÓLIO DE SAUL RENATO SERSON

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 2297/2309

Interessados: ESTADO DE SÃO PAULO, SAUL RENATO SERSON (= ou > de 65 anos) E OUTROS

Representante: EDDI GEREMIA FERRARI

Sucedido: GUSTAVO QUEZADA CONTRERAS (falecido)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1355607

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO OMISSO EM PARTE. EFEITOS INFRINGENTES. ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC. SUFICIENTE DECISÃO DE TRIBUNAL SUPERIOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. DESISTÊNCIA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. ARTIGO 15-B DO DECRETO-LEI Nº 3.365/61 AFASTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. MANUTENÇÃO DECISÃO RECORRIDA. “REFORMATIO IN PEJUS”.

1. Devem ser acolhidos em parte os embargos de declaração opostos contra acórdão parcialmente omissos.

2. Para dar provimento ao recurso com base no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, é necessário que a decisão recorrida esteja em confronto com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. *In casu*, o acórdão recorrido se baseou em jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

3. Na hipótese vertente, trata-se de ação indenizatória decorrente de imissão provisória na posse do imóvel, tendo havido desistência do ente expropriante nos autos da ação de desapropriação, razão pela qual os juros moratórios devem incidir a partir da citação, consoante as regras do direito comum, afastando-se, assim, a previsão do Decreto-Lei nº 3.365/41, específico para demandas expropriatórias.

4. Em relação aos honorários advocatícios, realmente o feito tramitou por tempo considerável, bem como é patente o esforço despendido pelos patronos do embargante durante todo esse período. Contudo, ao longo do procedimento recursal, a sucumbência inicialmente mínima fixada em favor dos embargantes transformou-se em sucumbência recíproca, o que deveria levar à fixação dos honorários com base no “caput” do artigo 21 do referido diploma legal.

5. Tendo em vista que suprir essa omissão implicaria em *reformatio in pejus*, já que a compensação dos honorários devidos pelo autor à União com aqueles devidos por esta ao autor reduziria o montante fixado contra o embargante, deve ser mantida a verba honorária nos moldes fixados na decisão combatida.

6. Embargos acolhidos em parte para, concedendo-lhe efeitos infringentes, suprir a omissão apontada, a fim de que os juros moratórios incidam a partir da citação realizada nos presentes autos.

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, acolher parcialmente os embargos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de outubro de 2013.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo *Espólio de Saul Renato Serson* em face do acórdão (f. 2297-2309) que deu parcial provimento ao agravo interposto pela União para “afastar a inclusão da cobertura florestal (vegetal) da base de cálculo dos juros compensatórios; estabelecer como ‘termo final’ de incidência dos juros compensatórios, a data da homologação da desistência da ação de desapropriação, que tornou sem efeito a imissão provisória na posse do expropriante, ou seja, a data de 28 de novembro; esclarecer que sobre o valor já levantado pelos expropriados (Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, f. 68-74) não incidem juros compensatórios, não existiria, por equivaler à indenização imediata” e negar provimento ao agravo interposto pelos autores.

Alega o embargante, em síntese, que:

a) o acórdão é omissos em relação às razões que levaram à adoção do entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da exclusão da cobertura vegetal da base de cálculo da indenização em detrimento de pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto;

b) o acórdão é omissos em relação à apreciação das alegações referentes à inaplicabilidade da regra constante do artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/61, tendo em vista que a ação é uma indenizatória ordinária e não uma ação de desapropriação direta ou indireta;

c) em casos idênticos, a segunda Turma deste Tribunal decidiu que os juros moratórios deveriam ser computados a partir da citação, aplicando a regra civil geral ao artigo 1536, § 2º, do Código Civil de 1916 e artigo 219 do Código de Processo Civil;

d) não foi apreciado o argumento de que o valor estabelecido para os honorários advocatícios é irrisório e aviltante ou, ao menos, esclarecidos os motivos que levaram à fixação da verba honorária à luz dos critérios previstos no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Alega o embargante que o acórdão recorrido foi omissos em relação à adoção do entendimento do Superior Tribunal de Justiça em detrimento daquele exarado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da inclusão da cobertura vegetal no cálculo da indenização devida em desapropriação.

O acórdão recorrido deu provimento ao agravo interposto pela União para excluir da base de cálculo da indenização a cobertura vegetal, uma vez que não restou comprovada a exploração econômica da área.

Com efeito, para dar provimento ao recurso com base no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, é necessário que a decisão recorrida esteja em confronto com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Por esse prisma, não há qualquer mácula no acórdão, que se baseou em jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Ademais, embora existam alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, no sentido de determinar a inclusão da cobertura vegetal na base de cálculo da indenização em ações de desapropriação, certo é que não dizem respeito ao tema dos autos, consubstanciado na base de cálculo dos juros compensatórios para recompor prejuízos decorrentes da imissão provisória na posse de imóvel pela Nuclebrás que, posteriormente à imissão, desistiu da ação expropriatória.

Em verdade, o que se verifica é que os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal consideram o tema próprio da legislação infraconstitucional, sendo a ofensa à Constituição apenas reflexa. Confira-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Desapropriação. Reforma agrária. Perícia. Valor da indenização. Cobertura vegetal. Potencial de exploração. Forma de calcular a indenização. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Mostra-se inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. 2. Agravo regimental não provido. (RE 593871 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2013 PUBLIC 07-02-2013)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Desapropriação. Valor da indenização. Cobertura vegetal. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido. (AI 829694 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Desapropriação. Reforma agrária. Perícia. Valor da indenização. Cobertura vegetal. Cálculo em separado da terra nua. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível em recurso extraordinário a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido. (RE 595199 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-03 PP-00361)

Portanto, não há omissão no acórdão recorrido sob esse fundamento.

Indo adiante, é possível verificar que a embargante alegou omissão no tocante às razões pelas quais foi aplicada a regra do artigo 15-B à hipótese vertente, quando a ação que ora se cuida é indenizatória e não uma ação de desapropriação.

Com efeito, subsiste a omissão apontada e, considerando-se o caráter infringente do recurso, a União foi instada a se manifestar, ocasião em que refutou todas as alegações do embargante, pugnando pela manutenção do acórdão recorrido.

A respeito do tema em debate, proferi voto vista nos autos de ação de indenização em que se discutiu a mesma questão analisada nos presentes autos (processo nº 1999.03.99.000813-1), referente ao termo inicial de cômputo dos juros de mora.

Transcrevo parte daquele voto no ponto que interessa:

A propósito da segunda questão, o e. relator votou no sentido de que os juros moratórios devem ser computados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Sua Excelência invocou, em abono a sua tese, precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 24067/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 19.12.94).

Os autores, todavia, sustentam que o caso seria de estabelecer-se, como termo inicial daqueles juros, a data do trânsito em julgado das sentenças homologatórias das desistências ou, quando não, do ajuizamento da presente ação indenizatória.

Penso que assista razão em parte aos autores.

Com efeito, tratando-se de pedido de indenização decorrente de *desistência* da desapropriação, a demanda tem natureza *puramente civil*, devendo ser regida, destarte, pelo *direito comum*. Foi nesse sentido que decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em caso assim ementado:

“INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. DESISTÊNCIA. JUROS MORATÓRIO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO.

I - Em se tratando de indenização decorrente de desistência da desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, devem ser contados, desde a citação, sobre o valor total liquidado.

...”

(STJ, 2ª Turma, ED no REsp nº 33.247/RS, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. em 29.3.1995, DJU de 17.4.95)

No voto que proferiu, observou o e. ministro relator:

“No caso, não se trata de indenização decorrente de desapropriação indireta, mas de desistência de expropriatória direta. Por isso mesmo, quanto aos juros moratórios, deve ser aplicada a regra do art. 1536, § 2º, do Código Civil, *in verbis*: ‘Contam-se os juros moratórios nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.’ Incidem referidos juros, à taxa de 6% ao ano, sobre o valor total da indenização liquidada.”

No mesmo sentido decidiu aquela Corte Superior em outro feito:

“RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO, DESISTÊNCIA. ENCARGOS. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. PROCESSUAL CIVIL. (...)

- Viável a desistência se ainda não pago o preço e se o imóvel está em condições de restituição, cabível ação ordinária para apurar-se eventual prejuízo, sem vez para argumentar-se com a necessidade da prova do dano, este que independente de dano emergente ou lucros cessantes, porque inerente ao desapossamento do bem. Precedentes do S.T.F. e do S.T.J.

- Cabíveis juros compensatórios e *moratórios*, estes a partir da citação - art. 1536 do CC.

...”

(STJ, 2ª Turma, REsp nº 51082/PR, rel. Min. Américo Luz, j. em 19.6.95, DJU de 14.8.95)

Tenho que os juros moratórios devam incidir a partir da citação, não apenas em função do art. 1.536 do Código Civil de 1916 - aplicável ao presente caso -, mas também por conta do art. 219 do Código de Processo Civil, igualmente a indicar que a citação válida constitui em mora o devedor.

Ademais, observe-se que os juros compensatórios foram reconhecidos na sentença apenas durante o período de duração do desapossamento, o qual cessou em razão da desistência da

desapropriação. Nada mais justo, portanto, que os juros moratórios incidam a partir da citação da demanda, como, aliás, ocorre sempre que não há disposição expressa em contrário. Note-se que nem se discute eventual cumulação; o que se terá é que, a manter-se a sentença, a dívida permanecerá por muitos anos sem quaisquer juros, sejam os compensatórios, sejam os moratórios, sem que para tal demora tenham concorrido os autores.

Assim, única e exclusivamente nesse ponto é que reside minha divergência em relação ao voto do e. relator, razão por que, rogando vênia a Sua Excelência, *dou parcial provimento ao recurso adesivo* para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação realizada nos presentes autos. No mais, como disse, acompanho o d. relator.

É como voto.

Na hipótese vertente, a situação é a mesma, eis que também há ação indenizatória decorrente de imissão provisória na posse do imóvel, tendo havido desistência do ente expropriante nos autos da ação de desapropriação, razão pela qual deve ser aplicado o mesmo entendimento adotado do referido voto.

Nesse prisma, os juros moratórios devem incidir a partir da citação, consoante as regras do direito comum, afastando-se, assim, a previsão do Decreto-Lei nº 3.365/41, específico para demandas expropriatórias.

Ressalto, ademais, que nos autos do processo n. 0033417-07.1990.403.6100, mencionado pela União às f. 2369-2371, prevaleceu o entendimento supra mencionado.

Destarte, nesse ponto, reconheço a omissão suscitada e acolho os embargos para, concedendo-lhe efeitos infringentes, fixar o termo inicial dos juros de mora a partir da citação.

Por fim, aduz o embargante que o acórdão foi omissivo no que diz respeito aos motivos deduzidos para a fixação dos honorários advocatícios em valor que entendeu irrisório e aviltante, conforme os critérios do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Observa-se da decisão de f. 2169-2173, que os honorários advocatícios foram fixados no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a fazenda pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

In casu, realmente o feito tramitou por tempo considerável, pois a ação foi ajuizada em 08 de março de 1992. Outrossim, é patente o esforço despendido pelos patronos do embargante durante todo esse período, com a ampla dilação probatória e as manifestações realizadas no decorrer do procedimento, o que, à princípio, levaria à conclusão que os honorários fixados não retribuiriam suficientemente o trabalho despendido pelos patronos do embargante.

Ocorre que ao longo do procedimento recursal, a sucumbência inicialmente mínima fixada em favor dos embargantes foi se alterando com o provimento dado ao agravo interposto pela União para excluir da base de cálculo da indenização a cobertura vegetal, com a redução do valor exigido inicialmente a título indenizatório e à fixação do termo final de incidência dos juros compensatórios.

Dessa forma, não é possível mais falar em sucumbência mínima a teor do disposto no parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a embargante perdeu de parte considerável do pedido na fase recursal.

Tal raciocínio deveria levar à fixação dos honorários com base no “caput” do artigo 21 do referido diploma legal, mas em nenhuma das decisões proferidas nesta instância mencionou-se esse fato.

De outro lado, é mister destacar que suprir essa omissão implicaria em *reformatio in pejus*, já que a compensação dos honorários devidos pelo autor à União com aqueles devidos por esta ao autor reduziria o montante fixado contra o embargante.

Assim, em pese os argumentos despendidos pelo embargante, deve ser mantida a verba honorária nos moldes fixados na decisão combatida.

Ante o exposto, acolho em parte os EMBARGOS para, concedendo-lhe efeitos infringentes, suprir a omissão apontada, a fim de que os juros moratórios incidam a partir da citação realizada nos presentes autos.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0013101-68.2007.4.03.6102

(2007.61.02.013101-6)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apeladas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E CIA. HABITACIONAL REGIONAL DE RIBEIRÃO PRETO - COHAB-RP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: AC 1399395

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2013

EMENTA

AGRAVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POSSIBILIDADE. INTERESSE SOCIAL. MORADIA. CARACTERIZAÇÃO. COBERTURA DO FCVS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil indica, como critério para se efetuar o julgamento a existência de jurisprudência dominante, não se exigindo, portanto, jurisprudência pacífica e, muito menos, decisão de Tribunal Superior que tenha efeito *erga omnes*. Nesse sentido, os seguintes precedentes: TRF 3ª Região: 1ª Turma: AMS nº 00059785320114036110, Rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo, e-DJF3 Judicial 1 20/9/2012; 2ª Turma: ApelReex nº 00041742220074036100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães e-DJF3 Judicial 1 18/8/2011 e 8ª Turma: AC nº 00058026220024036119, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, 8ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 30/3/2012. TRF 2ª Região: 4ª Turma Especializada: AG nº 200902010101900, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, 4ª Turma Especializada, e-DJF2R 17/12/2010.

2. A ação civil pública foi introduzida em nosso sistema processual pela Lei 7.347/85, ganhando depois sede na própria Constituição Federal, que a previu no art. 129, III, para a defesa do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor trouxe importantes disposições sobre a utilização das ações coletivas, e da mesma forma extensa legislação previu o uso desse tipo de ação para tutelar interesses diversos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Cidade.

3. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 163.231-3, decidiu pela legitimidade ativa do Ministério Público - e, portanto, dos demais legitimados -, para propositura de ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos, pois estes constituem espécie de interesse coletivo e, portanto, encontrariam abrigo na disposição constitucional.

4. Não importa, no que concerne especificamente aos interesses individuais homogêneos, se eles são divisíveis ou não. Ao contrário, essa modalidade de interesse coletivo, prevista no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, é mesmo em geral composta de interesses divisíveis, não lhes sendo atribuído o caráter de indivi-

sibilidade previsto nos outros dois incisos, relativos aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. A razão de ser da legitimação extraordinária nesse caso, repita-se, é a conveniência do tratamento “molecularizado”, coletivo, da demanda, propiciando uma decisão judicial mais abrangente e eficaz do ponto de vista social.

5. Em relação aos interesses individuais homogêneos, é necessário perquirir de sua relevância social, conforme vem sendo enfatizado explicitamente pela jurisprudência do STF e do STJ.

6. Parece-nos evidente, pois, que com a presente demanda a autora pretende tutelar interesses dos consumidores e cidadãos relativos à moradia, verificando-se sem sombra de dúvida a nota de relevância social a justificar o uso da ação civil pública. A decisão que vier a se debruçar sobre o mérito, em caso de procedência, resolveria as questões comuns aos mutuários tutelados, não se cogitando de que precise regular de logo as situações individuais de cada um, podendo a execução, nesse tipo de demanda, ainda segundo o Código de Defesa do Consumidor, ser requerida individualmente ou pelos próprios legitimados à ação civil pública.

7. A tutela de contratos com cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, de caráter público, permitiria entrever outra causa de legitimidade e adequação da ação civil pública, a saber, a proteção do patrimônio público mencionada no art. 129, III, da Constituição. Quanto ao FCVS, a ação não objetiva tutelar o consumidor ou mutuário, que não é beneficiário individualizado do fundo, nem pretende utilizar verbas do FCVS em seu favor - o que poderia encontrar óbice no parágrafo único do art. 1º da LACP -, mas teria o condão de proteger o próprio fundo que tem natureza pública e cuja higidez interessa à coletividade de maneira difusa. Com efeito, o contrato eivado de vícios e que fosse indevidamente oneroso para o mutuário, importando num uso mais extensivo dos recursos do FCVS para cobrir eventuais diferenças, causaria prejuízo ao próprio fundo.

8. Não há lugar também para invocar-se o parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, segundo o qual não será cabível a ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

9. *Agravo legal a que se nega provimento.*

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de setembro de 2013.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): Trata-se de agravo legal

interposto pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a decisão monocrática proferida nestes autos, que deu seguimento à apelação do Ministério Público Federal, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito, no caso ação civil pública ajuizada visando a declaração de nulidade de cláusulas de contratos firmados com a Caixa Econômica Federal e com a Companhia habitacional Regional de Ribeirão Preto - COHAB, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, para aquisição de unidades no Conjunto Habitacional José Sampaio Junior II, localizado na mencionada cidade.

A sentença recorrida havia determinado a extinção do feito sem julgamento de mérito, dada a inadequação da via eleita, tendo em vista serem individuais e disponíveis os interesses em questão.

A Caixa Econômica Federal, em seu agravo, basicamente repisa os argumentos que havia apresentado em primeira instância, suscitando a impropriedade da via eleita para questionamento de contratos, especificamente aqueles que contam com cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS, pois se tratariam de direitos individuais indisponíveis.

Assim, pleiteia a reforma da decisão agravada para seguimento da apelação interposta e julgamento por esta E. Turma.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): Depreende-se da atual redação do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que o critério para se efetuar o julgamento monocrático é, tão somente, a existência de jurisprudência dominante, não exigindo, para tanto, jurisprudência pacífica ou, muito menos, decisão de Tribunal Superior que tenha efeito *erga omnes*.

A este respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO JULGADA MONOCRATICAMENTE. POSSIBILIDADE. RECURSO DA PARTE AUTORA QUE APENAS REITERA OS ARGUMENTOS DA APELAÇÃO NÃO CONHECIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE AS VERBAS PAGAS PELO EMPREGADOR AO EMPREGADO A TÍTULO DE AFASTAMENTO POR AUXÍLIO DOENÇA/ACIDENTE, ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E AVISO PRÉVIO INDENIZADO. AGRAVO LEGAL DA UNIÃO FEDERAL IMPROVIDO.

1. O agravo legal interposto pela parte autora é manifestamente inadmissível vez que a agravante simplesmente reitera os argumentos da apelação sem questionar porque o apelo não poderia ser julgado monocraticamente.

2. O emprego de recurso manifestamente inadmissível merece a censura do § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, com multa de 1% do valor da causa corrigido.

3. O artigo 557 autoriza o julgamento unipessoal à vista de jurisprudência “dominante”, não sendo, portanto, necessário que se trate de jurisprudência “pacífica”.

(...)

8. Agravo legal da impetrante não conhecido e agravo legal da União Federal improvido. (TRF 3ª Região, AMS nº 00059785320114036110, Rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, 1ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 20/9/2012)

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO: POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSABILIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. PROPOSITURA DA AÇÃO POSTERIOR AO ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/2001. APLICABILIDADE DO ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97.

I - O julgamento monocrático pelo relator está autorizado no art. 557 do Código de Processo Civil, o qual consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

II - As questões analisadas nos autos foram fundamentadas não só com base nos entendimentos jurisprudenciais dominantes deste E. Tribunal, como também em jurisprudências proferidas pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, o que, por si só, já permite o julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil. Ademais, a opção pelo julgamento singular não resulta em prejuízo ao recorrente, pois, no julgamento do Agravo interno, as questões levantadas no recurso de Apelação são apreciadas pelo órgão Colegiado, o que supera eventual violação do artigo 557 do Código de Processo Civil, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte.

(...)

IX - Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, ApelReex nº 00041742220074036100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães 2ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 18/8/2011)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. ELETRICIDADE. TELESP. EQUIPARAÇÃO.

- Aplicável a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, diante de jurisprudência dominante do STJ.

(...)

- Agravos improvidos.

(TRF 3ª Região, AC nº 00058026220024036119, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, 8ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 30/3/2012)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA ON-LINE. BACENJUD. MEDIDA PREFERENCIAL. EXAURIMENTO DAS VIAS EXTRAJUDICIAIS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESNECESSIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA.

I - Agravo Interno em face de decisão que negou seguimento ao presente agravo de instrumento na forma do art. 557, *caput*, do CPC, c/c art. 44, § 1º, II do Regimento Interno deste Tribunal, por improcedência da pretensão de acordo com a jurisprudência dominante do STJ, no sentido de que, a partir da vigência da Lei nº 11.382/06, a penhora sobre depósitos e aplicações e instituições financeiras equipara-se à penhora em dinheiro, como medida preferencial arrolada no inciso I do art. 655 do CPC, dispensando-se, assim, a pesquisa prévia de outros bens passíveis de constrição.

II - O sucesso do agravo interno, manifestado com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, depende da demonstração de que o julgamento monocrático não seguiu a orientação jurisprudencial dominante, e, definitivamente, este não é o caso. As razões da agravante não se mostram suficientes a ensejar a modificação da r. decisão que negou provimento ao recurso, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

III - Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF 2ª Região, AG nº 200902010101900, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, 4ª Turma Especializada, e-DJF2R 17/12/2010)

Portanto, não há nada que obste o julgamento deste feito nos termos da autorização preconizada pelo artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil e em prestígio aos princípios da economia e celeridade processuais.

No mérito, insurgem-se as agravantes contra decisão que negou seguimento ao recurso nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, cujo teor transcrevo:

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal nos autos de ação civil pública de que é autor e que foi extinta sem julgamento do mérito, por considerar o MM. Julgador que haveria inadequação da via eleita, invocando o art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública.

A ação foi proposta com o objetivo de revisar cláusulas supostamente abusivas existentes em contratos de financiamento de imóveis firmados com a Caixa Econômica Federal e com a Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto - COHAB, para aquisição de unidades no Conjunto Habitacional José Sampaio Junior II, localizado na mencionada cidade.

As requeridas apresentaram contrarrazões e a douta Procuradoria Regional da República manifestou-se em parecer pela anulação da sentença e pelo parcial provimento da apelação quanto ao mérito.

É o relatório.

O recurso versa matéria pacificada nos tribunais superiores, concernente à adequação do uso da ação civil pública, razão pela qual pode ser decidido com base no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Com efeito, é de reconhecer-se tanto a adequação da via eleita quanto a legitimidade do *Parquet* Federal para a propositura da demanda, aspectos que se mostram imbricados.

Como sabido, a ação civil pública foi introduzida em nosso sistema processual pela Lei 7.347/85, ganhando depois sede na própria Constituição Federal, que a previu no art. 129, III, para a defesa do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor trouxe importantes disposições sobre a utilização das ações coletivas, e da mesma forma extensa legislação previu o uso desse tipo de ação para tutelar interesses diversos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Cidade.

Muito se discutiu sobre a possibilidade de o Ministério Público ou outro legitimado valer-se da ação civil pública para a defesa dos chamados interesses individuais homogêneos. A polêmica deveu-se à previsão expressa, no CDC, desse tipo de ação coletiva, enquanto os dizeres constitucionais, insertos no já referido art. 129, limitavam-se aos interesses “difusos e coletivos”. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 163.231-3, veio a resolver a questão, decidindo pela legitimidade do Ministério Público, ao argumento de que os direitos individuais homogêneos constituem espécie de interesse coletivo e, portanto, encontrariam abrigo na disposição constitucional. Nas palavras do Ministro Relator Maurício Correia, “cuida-se de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um nomen iuris atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar.”

Por outro lado, a questão aí não se coloca sob a ótica da disponibilidade ou não dos direitos. Os interesses individuais homogêneos, e quíça os próprios interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, podem, sim, ser disponíveis se tomados individualmente. O interesse social dá-se aí, justificando a legitimação extraordinária, não pela natureza do bem tutelado, mas em razão de sua distribuição pertinente a uma coletividade indeterminada (difusos), a uma categoria ou grupo determinado (coletivo *stricto sensu*) ou a um grupo de pessoas determinadas mas sem vínculo anterior entre si, unidas por situações contingenciais ou de fato (individuais homogêneos). Em relação a esses interesses individuais homogêneos, será necessário, entretanto, perquirir da sua relevância ou interesse social, para que se tenha a legitimidade do *Parquet*

e o manejo da ação civil pública.

Esse critério do interesse ou relevância social ficou claro mesmo na decisão do STF que inadmitiu o uso da ação civil pública para questionar tributos. Não viram os ministros aí o interesse social, que no caso estaria, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, do lado do Fisco, mas ainda assim o Ministro Relator Ilmar Galvão destacou:

“os interesses que respeitam à saúde, à educação, ao transporte público coletivo, à segurança dos consumidores, etc, problemas que, enfim, ficariam sem solução, com sério prejuízo para o grupo social, não pudessem ser objeto da ação do Ministério Público, dada, entre outras razões, a grande dispersão dos possíveis lesados e a pequena extensão do dano a que, de ordinário, fica exposto cada um deles, fatores suscetíveis de dissuadi-los do recurso ao Poder Judiciário.” (RE 213.631-0)

Assim sendo, parece-nos evidente que, na presente demanda, o Ministério Público objetiva tutelar interesses dos consumidores e cidadãos relativos à moradia, verificando-se presente a nota de relevância social a justificar o uso da ação civil pública. A ação prestar-se-ia, ainda, nos termos das asserções autorais - a que deve se limitar o juízo de admissibilidade, segundo a teoria da asserção - à proteção do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, de caráter público, incidindo aí uma outra causa de legitimação, a saber, a proteção do patrimônio público mencionada no art. 129 da Constituição.

Com a vênia devida, é errônea a invocação do parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, segundo o qual não será cabível a ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Ora, mesmo passando ao largo da discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo, vê-se que a restrição estabelecida mira nos fundos “cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, o que não seria o caso do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS.

Dessa forma, a ação mostra-se meio adequado, juridicamente possível, bem como está patrocinada por legitimado legal, por duas razões, derivadas do que já foi dito. Verifica-se a legitimidade do *Parquet* e a adequação do instrumento para a defesa dos consumidores ou dos cidadãos, na defesa de bem socialmente relevante, a saber, a moradia, ou, por outro lado, também concorre a adequação e a legitimidade no que concerne à proteção do FCVS. Quanto a este último, a ação não objetiva tutelar o consumidor ou mutuário, que não é beneficiário individualizado do fundo, nem pretende utilizar verbas do FCVS em seu favor - o que encontrar óbice no já citado parágrafo único do art. 1º da LACP -, mas tenciona proteger o próprio fundo que tem natureza pública e cuja higidez interessa à coletividade de maneira difusa. O contrato eivado de vícios e que fosse indevidamente oneroso para o mutuário, importando num uso mais extensivo dos recursos do FCVS para cobrir eventuais diferenças, causaria prejuízo ao próprio fundo, razão pela qual, aqui, a legitimidade e a adequação da ação civil pública decorrem da proteção do patrimônio público e social, prevista tanto na Constituição (art. 129, III) quanto na Lei 7.347/85.

Contudo, não nos parece conveniente que a causa seja julgada de pronto no mérito por este E. Tribunal, devendo retornar ao juízo “a quo” para verificar a necessidade de complementação da instrução e prolação de nova sentença.

ANTE O EXPOSTO, com apoio no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento à apelação ministerial para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do feito.

P.R.I.

Pois bem. A pretensão buscada pelas agravantes não se sustenta, posto que em desconformidade com a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores a respeito da adequação

da ação civil pública.

Com efeito, é de reconhecer-se tanto a adequação da via eleita quanto a legitimidade da associação autora para a propositura da demanda, aspectos que se mostram imbricados.

Como sabido, a ação civil pública foi introduzida em nosso sistema processual pela Lei 7.347/85, ganhando depois sede na própria Constituição Federal, que a previu no art. 129, III, para a defesa do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor trouxe importantes disposições sobre a utilização das ações coletivas, e da mesma forma extensa legislação previu o uso desse tipo de ação para tutelar interesses diversos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Cidade.

Muito se discutiu sobre a possibilidade de o Ministério Público ou outro legitimado valer-se da ação civil pública para a defesa dos chamados interesses individuais homogêneos. A polêmica deveu-se à previsão expressa, no art. 81, III, do CDC, desse tipo de ação coletiva, enquanto os dizeres constitucionais, insertos no já referido art. 129, limitavam-se aos interesses “difusos e coletivos”.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 163.231-3, veio a resolver a questão, decidindo pela legitimidade do Ministério Público - e, portanto, dos demais legitimados -, ao argumento de que os direitos individuais homogêneos constituem espécie de interesse coletivo e, portanto, encontrariam abrigo na disposição constitucional. Nas palavras do Ministro Relator Maurício Correia:

cuida-se de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um nomen iuris atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar.

Por outro lado, a questão aí não se coloca sob a ótica da disponibilidade ou não dos direitos. Os interesses individuais homogêneos, e quíça os próprios interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, podem, sim, ser disponíveis se tomados individualmente. O interesse social nesses casos manifesta-se, justificando a legitimação extraordinária, não pela natureza do bem tutelado, mas em razão de sua distribuição pertinente a uma coletividade indeterminada (difusos), a uma categoria ou grupo determinado (coletivo *stricto sensu*) ou a um grupo de pessoas determinadas mas sem vínculo anterior entre si, unidas por situações contingenciais ou de fato (individuais homogêneos).

Da mesma forma, não importa, no que concerne especificamente aos interesses individuais homogêneos, se eles são divisíveis ou não. Ao contrário, essa modalidade de interesse coletivo, prevista no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, é mesmo em geral composta de interesses divisíveis, não lhes sendo atribuído o caráter de indivisibilidade previsto nos outros dois incisos, relativos aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. A razão de ser da legitimação extraordinária nesse caso, repita-se, é a conveniência do tratamento “molecularizado”, coletivo, da demanda, propiciando uma decisão judicial mais abrangente e eficaz do ponto de vista social.

Por fim, em relação a esses interesses individuais homogêneos, é necessário perquirir de sua relevância social. Esse critério do interesse ou relevância social para a defesa dos direitos individuais homogêneos vem sendo enfatizado explicitamente pela jurisprudência do STF e do STJ e constata-se até na decisão do STF que inadmitiu o uso da ação civil pública para questionar tributos. Não viram os julgadores o interesse social, que no caso estaria, segundo

o Ministro Sepúlveda Pertence, do lado do Fisco, mas ainda assim o Ministro Relator Ilmar Galvão destacou:

os interesses que respeitam à saúde, à educação, ao transporte público coletivo, à segurança dos consumidores, etc, problemas que, enfim, ficariam sem solução, com sério prejuízo para o grupo social, não pudessem ser objeto da ação do Ministério Público, dada, entre outras razões, a grande dispersão dos possíveis lesados e a pequena extensão do dano a que, de ordinário, fica exposto cada um deles, fatores suscetíveis de dissuadi-los do recurso ao Poder Judiciário. (RE 213.631-0)

Parece-nos evidente, pois, que com a presente demanda a autora pretende tutelar interesses dos consumidores e cidadãos relativos à moradia, verificando-se sem sombra de dúvida a nota de relevância social a justificar o uso da ação civil pública. A decisão que vier a se debruçar sobre o mérito, em caso de procedência, resolveria as questões comuns aos mutuários tutelados, não se cogitando de que precise regular de logo as situações individuais de cada um, podendo a execução, nesse tipo de demanda, ainda segundo o Código de Defesa do Consumidor, ser requerida individualmente ou pelos próprios legitimados à ação civil pública.

Por outro lado, a tutela de contratos com cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, de caráter público, permitiria entrever outra causa de legitimidade e adequação da ação civil pública, a saber, a proteção do patrimônio público mencionada no art. 129, III, da Constituição. Quanto ao FCVS, a ação não objetiva tutelar o consumidor ou mutuário, que não é beneficiário individualizado do fundo, nem pretende utilizar verbas do FCVS em seu favor - o que poderia encontrar óbice no parágrafo único do art. 1º da LACP -, mas teria o condão de proteger o próprio fundo que tem natureza pública e cuja higidez interessa à coletividade de maneira difusa. Com efeito, o contrato eivado de vícios e que fosse indevidamente oneroso para o mutuário, importando num uso mais extensivo dos recursos do FCVS para cobrir eventuais diferenças, causaria prejuízo ao próprio fundo.

Por essas razões, não há lugar também para invocar-se o parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, segundo o qual não será cabível a ação civil pública “para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Mesmo passando ao largo da discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo, vê-se que a restrição estabelecida mira nos fundos “cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, o que não seria o caso do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS.

A associação autora atende igualmente aos requisitos legais da pré-constituição e da pertinência temática de suas finalidades estatutárias com a ação ajuizada.

Afirmada neste *decisum* a adequação da via eleita e a legitimidade da associação autora, não nos parece conveniente, contudo, que a causa seja julgada no mérito por este E. Tribunal, inclusive porque na primeira instância chegou-se a cogitar da necessidade de perícia contábil. Devem, pois, os autos retornar ao juízo a quo para verificar a necessidade de complementação da instrução e prolatar nova sentença.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, nos termos explicitados no voto.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0005847-80.2008.4.03.0000
(2008.03.00.005847-3)

Autora: JOANA DE CARVALHO FERREIRA (= ou > de 60 anos)
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AR 5932
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/08/2013

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISOS IV E V. PREVIDENCIÁRIO. TÍTULO EXECUTIVO GARANTIDOR DA IMPLANTAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE CUJO INSTITUIDOR FORA FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL. SENTENÇA RESCIDENTA, EM FASE DE EXECUÇÃO, QUE RECONHECE A NULIDADE DO PROCESSO, DESDE A CITAÇÃO, DIANTE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. EXTINÇÃO ANÔMALA DO PROCESSO SOB OS FUNDAMENTOS DA PEREMPÇÃO, LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. CABIMENTO DA RESCISÓRIA. OFENSA À COISA JULGADA E VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI CONFIGURADAS. REGULAR PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA EXECUTIVA.

- Impropriedade dos pedidos de condenação do INSS ao pagamento de danos morais e como litigante de má-fé, uma vez que sujeitos à discussão em procedimento próprio.
- O deslize na indicação de dispositivo violado não empece a compreensão da petição inicial da ação rescisória, quando se vê que alicerçados os fundamentos no artigo 485, incisos IV e V, do Código de Processo Civil.

- O *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil confere pressuposto fundamental para a desconstituição do julgado, qual seja, que tenha havido pronunciamento de mérito sobre a causa, havendo remansosa jurisprudência na esteira de que, em se cuidando de decisão terminativa, consoante as hipóteses de extinção do processo previstas no artigo 267 do diploma processual, sem capacidade de consubstanciar coisa julgada material, não se apresenta possível o manejo da ação rescisória para desconstituir o julgado. Nada obstante, em se tratando de extinção anômala do processo sob os fundamentos da perempção, litispendência e coisa julgada, o cabimento da rescisória se justifica pelo simples fato de o próprio Código de Processo Civil, a teor do disposto no artigo 268, *caput*, primeira parte - “Salvo o disposto no art. 267, n. V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação” -, vedar a repositura da demanda em casos tais.

- Frente a pronunciamento judicial que, em sede de execução contra a Fazenda Pública, para além de concluir pela ilegitimidade *ad causam* de uma das partes, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, equivale a reconhecer que ao demandante vitorioso no processo condenatório não mais se permite prosseguir com a pretensão cuja satisfação pleiteia, circunstância a impedir nova propositura da mesma demanda executiva, justamente à vista da profundidade da cognição empreendida na hipótese, irrefutável a ocorrência de análise meritória apta à formação de coisa julgada

material, a ensejar, por conseguinte, a possibilidade de desconstituição do julgado.

- Alegada impossibilidade jurídica do pedido respeitante ao mérito, confundindo-se com o juízo rescindendo, e com ele será analisada.

- Matéria preliminar rejeitada.

- A rescisória não se confunde com nova instância recursal, exigindo-se que o posicionamento seguido desborde do razoável, agredindo a literalidade ou o propósito da norma, não servindo à desconstituição, com fulcro no inciso V do artigo 485 do CPC, a veiculação de pedido com base em mera injustiça ou má apreciação das provas.

- Excetuando-se a ausência de citação inicial, a formação da coisa julgada é sanatória de todos os demais vícios processuais e procedimentais, inclusive o resultante da não concorrência de condição da ação, não mais se podendo falar, assim, na existência de nulidade, após certificado o trânsito, muito menos na invalidade ou inexistência do ato.

- Se somente após o trânsito em julgado e superado o biênio para a ação rescisória permitiu-se constatar que “não existe ou existiu pensão concedida pelo INSS pela morte do Sr. José Lydio Dias da Silva a quem quer que seja, bem como ao fato do mesmo ter sido aposentado pelo Ministério do Exército”, sobra ao ente previdenciário, nesse ínterim, dar cabo *sponte propria* da implantação de benefício em nome da autora nos mesmos parâmetros consignados judicialmente - 50% do valor da pensão por morte deixada pelo segurado, além do pecúlio e abono anual, a teor do contido no Decreto 83.080/79, artigos 151, I, 360 e 361, a partir da citação no processo originário -, dando-se seqüência à apuração do montante a título de atrasados, permitindo-se o desconto dos valores recebidos a título amparo assistencial desde 28.7.2000 (NB 1179968236).

- Não se admite, ao argumento de ilegitimidade *passiva ad causam*, que o INSS se exima do *munus* de arcar com a obrigação de dar cumprimento ao título executivo obtido pela autora.

- Precedentes jurisprudenciais.

- Prosseguimento no juízo de origem, de modo a viabilizar o cumprimento do julgado, com a adoção das medidas próprias ao desate da execução.

- Honorários advocatícios, a cargo do INSS, fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), atualizados.

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, não conhecer dos pedidos de condenação do INSS ao pagamento de danos morais e por litigância de má-fé, rejeitar a matéria preliminar e, quanto ao mérito, julgar procedente o pedido formulado na presente demanda, para, com fundamento nos incisos IV e V do artigo 485 do diploma processual, desconstituir o *decisum* de fls. 282/283 do feito originário (fls. 314/315 destes autos), e, em sede de juízo rescisório, determinar o desarquivamento do processo subjacente, a fim de que tenha regular prosseguimento perante o juízo *a quo* a demanda executiva intentada em nome de Joana de Carvalho Ferreira, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de junho de 2013.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Ação rescisória proposta em 18.2.2008 com fundamento nos incisos IV e V do artigo 485 do Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição de sentença proferida já em fase de execução, de seguinte teor (fls. 314/315):

Chamo o feito à ordem.

Após exaustivas diligências do juízo, foram trazidos aos autos os documentos de fls. 257/272, dando conta de que o falecido companheiro da autora não era, e nunca foi, segurado do INSS. Tratava-se de servidor estatutário da administração direta da União, e não de cidadão vinculado ao regime geral da Previdência Social.

Face essa constatação, é inevitável a chocante conclusão que, após vinte anos de processo judicial, o mesmo não trará resultado prático nenhum àquela que dele necessitava, pois o feito padece de insanável vício de legitimidade passiva.

Falhou o honrado Advogado ao propor a ação, falhou o Judiciário e todos os Juízes de todas as instâncias que nele trabalharam, e falhou o réu e seus procuradores, ao não ofertar defesa eficaz a tempo e modo devidos.

Lamentável ver as esperanças de socorro jurídico da D. Joana, após duas décadas, dar em absolutamente nada. Mas não existe outra solução para esse feito, que não reconhecer a nulidade do processo, desde o ato da citação, para então declarar a ilegitimidade passiva do INSS para responder a ele, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil. Sem condenação em verba honorária.

P.R.I.

Ribeirão Preto, 06 de março de 2007.

Segundo consta da inicial, “a autora ajuizou ação previdenciária contra o antigo Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, cujo objeto consistia na concessão de benefício previdenciário de pensão por morte, sob a alegação de que viveu por mais de 25 (vinte e cinco) anos sob dependência econômica do falecido funcionário público federal, o Sr. José Lydio Dias da Silva e ex-segurado da Previdência Social, com quem teve dois filhos”. A sentença julgou procedente o pedido, “condenando o réu a pagar 50% do valor da pensão por morte, mais o pecúlio especial do art. 360 do Decreto 83.080/79 e o abono anual do art. 151, I, do mesmo diploma, a partir do falecimento do segurado”. O Tribunal proveu parcialmente o recurso de apelação do INSS, já na condição de sucessor do órgão anterior, apenas para fixar a data de início do benefício a partir da citação, tendo o acórdão passado em julgado em 5.3.2003.

Refere-se que, no processo de execução, transcorrido o prazo sem oposição de embargos, em 16.07.2003, o INSS “peticionou informando o endereço do Posto de Benefício que afirmava ser o responsável pelo ato de implantação do benefício”. Que “em 24.07.2003, às fls. 202, trouxe aos autos a informação de que o Ministério do Exército 5ª CSM em Ribeirão Preto é o instituidor do benefício da pensão por morte”. Que “em 08.01.2004, novamente peticionou o INSS requerendo a juntada de documentos que demonstravam que o segurado falecido era ex-servidor do Ministério do Exército, bem como ofício do Chefe da 5ª Circunscrição de Serviço Militar encaminhado ao INSS em resposta a memorando por este enviado, no sentido de que ao Ministério da Defesa não cabia a implementação do benefício, uma vez que em nenhum momento a União ou o Exército integraram a relação processual”. Que, por fim, a autarquia “peticionou ao Juízo de 1º grau requerendo o reconhecimento da nulidade da condenação proferida nos autos, haja vista sua ilegitimidade passiva”, sobrevindo, então, o decreto rescindendo.

Aduz-se a ocorrência de “ofensa à autoridade da coisa julgada”, eis que “o comando condenatório transitado em julgado é muito claro e não deixa espaço a disputas verbais”, mormente porque a ilegitimidade passiva *ad causam* do ente autárquico “não foi alegada em qualquer momento do processo de conhecimento, antes do trânsito em julgado da decisão judicial”, e “por esta razão não poderia ser alegada - e muito menos ser acolhida - na fase de execução da sentença”. Que “tampouco cabe cogitar que, por ser questão de ordem pública, estaria ela a salvo da eficácia preclusiva da coisa julgada”, a qual “também abrange questões conhecíveis de ofício pelo juiz”. Que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “inadmite a alegação de ilegitimidade passiva após o trânsito em julgado da decisão judicial”.

Assim, “se quando do início do processo a autarquia previdenciária não era obrigada a pagar pensão ou qualquer outro benefício à autora, acorde a previsão do direito material, agora o é”, já que “por força de decisão transitada em julgado, não poderá opor qualquer óbice à execução do julgado, inclusive o relativo à não vinculação do falecido ao regime geral de previdência”.

Sustenta-se, outrossim, a existência de “violação de normas de competência funcional pela sentença ora atacada”, dadas a “incompetência do juízo da execução de decidir em matéria submetida à eficácia preclusiva da coisa julgada”, a “usurpação da competência do TRF para julgar ação rescisória e violação ao Princípio da Hierarquia Funcional no processo” e a própria “subsistência do direito subjetivo reconhecido pelo acórdão do TRF”.

Alega-se, ainda, haver “violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”, uma vez que “não foi utilizado o meio legalmente adequado para a rescisão de decisão transitada em julgado”, bem como “a autora não pôde realizar a mínima defesa contra a decisão que extinguiu o processo no qual se processava a execução”.

Reporta-se, ainda, à inércia do INSS - “a autarquia permaneceu silente sobre a questão da vinculação do falecido ao Regime Geral da Previdência Social durante toda a tramitação do processo de conhecimento, não tendo suscitado tal argumento de defesa em sede de embargos, cujo prazo deixou transcorrer in albis. Deixou ainda transcorrer em branco o prazo para o ajuizamento da ação rescisória do acórdão” -, ao tempo de duração do processo e à sua idade - “nascida em 11 de fevereiro de 1931, contando hoje com 76 (setenta e seis) anos de idade, faz 23 (vinte e três) anos que espera uma decisão definitiva do Poder Judiciário” -, invocando-se, nesse sentido, a “má-fé do Instituto Nacional do Seguro Social” e a “necessidade de responsabilizá-lo processualmente”, na medida em que a autarquia “perdeu a oportunidade de formular tal alegação em todos os inúmeros momentos que a legislação processual lhe faculta”, concluindo que “não é lícito que, agora na execução, articule com tal dificuldade para não cumprir a decisão transitada em julgado”.

Menciona-se, ademais, a viabilidade “do cumprimento da decisão transitada em julgado” e a “falta de razoabilidade da resistência oposta pelo INSS em cumprir a decisão judicial”, na medida em que “o fundamento do dever imposto ao réu é a decisão passada em julgado”, que “vale por si só e por isto não pode ter seu cumprimento obstaculizado”, pois, se “antes da sentença condenatória, não era devedor, passou a sê-lo após o trânsito em julgado da decisão condenatória”, ou seja, “passada em julgado a decisão, não mais pode o réu-INSS se furtar de cumprir o comando condenatório nela contido”. E, “se falta rubrica ou qualquer outro procedimento no âmbito interno do INSS, pode e deve a autarquia criá-los. O que não se lhe é permitido é pretender que a decisão judicial se conforme à sua vontade ou deixe de ser cumprida”, concluindo-se que “a dificuldade suscitada pelo INSS é destituída de embasamento constitucional e legal já que a sentença foi clara ao estabelecer a responsabilidade da autarquia

previdenciária (INPS e, após, INSS) pelo pagamento da pensão e das demais verbas nas quais foi condenada”.

Ressalta-se, por fim, que “a autora foi vítima de danos morais oriundos da conduta praticada pelo INSS, que, além de não cumprir a decisão judicial, ainda provocou incidentes capazes de atrasar o usufruto do direito subjetivo”, afinal, “esperar 23 (vinte e três) anos de tramitação processual e ainda ter que suportar a resistência da autarquia em cumprir uma ordem judicial passada em julgado, levaria o mais paciente dos seres humanos da irritação ao ódio, segundo do desespero ao desencanto”, além do “desprezo demonstrado pelas decisões judiciais, inclusive a proferida pelo Tribunal Regional da 3ª Região, cuja decisão foi simplesmente desconsiderada pela autarquia, levando-a provocar um incidente descabido perante o d. Juiz Federal de primeiro grau”.

Requer-se “seja rescindida a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Ribeirão Preto, nos autos do processo nº 90.0304374-4, em 06 de março de 2007, e seja restabelecido o acórdão proferido por essa Corte no qual se reconheceu o direito da autora ao benefício”; “em consequência, que se determine ao INSS a adoção das medidas necessárias a efetuar o cálculo do valor da pensão e dos atrasados com base na pensão outrora paga pela União Federal (Ministério da Defesa) a Maria José do Nascimento da Silva (viúva do falecido José Lydio Dias da Silva)”; “até a implementação da pensão acima, que seja mantido o pagamento do benefício no importe de um salário mínimo”; “a condenação do INSS a indenizar os danos morais que provocou na esfera de direitos e interesses da autora no valor percentual máximo previsto no art. 18, § 2º, do CPC, ou seja, 20% (vinte por cento) sobre o valor das prestações previdenciárias vencidas até o início do pagamento da pensão”; finalmente, “a condenação do INSS em honorários de advogado, bem como que lhe seja aplicada a multa por litigância de má-fé, revertida em favor da ora autora e exigível após o trânsito em julgado do acórdão a ser proferido nesta ação rescisória”.

Decisão às fls. 346/348, *in verbis*:

Defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50, dispensando a autora do depósito a que alude o inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil.

O artigo 489 do Código de Processo Civil, na redação alterada pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, dispõe que “o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

Nada obstante, ainda que se tivesse por verossímil o quadro das alegações aqui postas, não seria caso de antecipação dos efeitos da tutela, na forma requerida, porquanto o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a par da “situação de penúria atualmente enfrentada pela autora”, não se encontra evidenciado, *considerando a fruição, por parte de Joana de Carvalho Ferreira, desde 28 de julho de 2000, de amparo social ao idoso (benefício nº 1179968236), conforme revelam as informações constantes do CNIS*, cujos extratos ora determino a juntada.

De fato, se o próprio pedido consiste na “imediata implantação do benefício no valor de um salário mínimo, até o final do presente processo”, não há como se cogitar da caracterização do *periculum in mora* justificador da antecipação, mesmo porque os efeitos financeiros do benefício que o INSS vem pagando continuamente à autora, também no valor mínimo, teriam interrupção imediata, dada a impossibilidade de cumulação do amparo com a pensão por morte perseguida.

De rigor, ao menos por agora, a manutenção da decisão rescindenda, pospondo-se ao momento seguinte ao oferecimento da contestação, inclusive em prestígio ao contraditório e ampla

defesa, e até que se tenham por melhor esclarecidos os fatos narrados, novo exame acerca dos requisitos legais para o deferimento ou não da medida de urgência vindicada e do próprio cabimento desta rescisória.

Cite-se o INSS, para responder aos termos da ação em 30 (trinta) dias (artigo 491 do Código de Processo Civil).

Intime-se.

São Paulo, 18 de março de 2008.

Contestação às fls. 360/375, argüindo-se, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, “uma vez que no caso concreto a ação rescisória está fundamentada em normas jurídicas que regulam a ação de Mandado de Segurança”; a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, visto que “se a sentença que se pretende desconstituir extinguiu o feito sem apreciação de mérito fica inviabilizada a possibilidade de ação rescisória”; e a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto “a própria autora confessa que é a União Federal quem deveria estar pagando o benefício que pleiteia perante a Autarquia Previdenciária, uma vez que o falecido era funcionário público federal vinculado a regime próprio de previdência”.

No mérito, bate-se pela improcedência do pleito de rescisão, ao argumento de que “não há como negar a possibilidade de se decretar a ilegitimidade de parte e a extinção da obrigação anteriormente fixada”, pugnando, “subsidiariamente, na improvável hipótese de restarem superadas as preliminares e acolhida a ação rescisória, que seja declarada a inexecutibilidade da decisão condenatória proferida naquela ação originária”, dada a imprescindibilidade, no caso, da “relativização da coisa julgada, tanto em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, posto que a Autarquia Previdenciária é parte ilegítima para figurar no pólo passivo daquela ação originária, tanto porque a manutenção da condenação ali imposta implica em afronta às normas elencadas no parágrafo 5º, do artigo 195 da CF/88 e no art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal precedente, vigente quando do ajuizamento daquele feito originário”, e, “de qualquer modo, que seja rejeitado o pedido condenação em litigância de má-fé e indenização por dano moral”.

Instada a se pronunciar sobre a resposta (fl. 377), a autora reiterou os termos de sua pretensão inicial, reclamando “sejam rejeitadas as preliminares suscitadas pela parte-ré” (fls. 383/393).

Quanto à produção de outras provas (fl. 395), ambas as partes manifestaram desinteresse (fls. 400/401).

Razões finais de Joana de Carvalho Ferreira às fls. 408/418 e do INSS às fls. 420/424.

Parecer da Procuradoria Regional da República “pela extinção da presente ação rescisória, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil” (fls. 428/435).

É o relatório.

À revisão, a teor do disposto no artigo 34, inciso I, do Regimento Interno.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Ressalte-

se, de saída, a impropriedade dos pedidos de condenação do INSS ao pagamento de danos morais e também como litigante de má-fé, em razão de sua atuação na demanda subjacente, pretensões que, caso a autora tenha por exigíveis, devem ser encaminhadas à discussão em procedimento próprio, em separado, perante o juízo competente, não se permitindo alargar o propósito do *iudicium rescindens* na forma mencionada, não suportando, a ação rescisória, a ampliação do pleito para além do objeto do processo originário.

Sob outro aspecto, o requerimento veiculado preliminarmente em contestação de “indeferimento da petição inicial”, porquanto “a autora fundamenta a ação rescisória no artigo 5º, inciso LXIX, da CF e no art. 1º e parágrafos da Lei 1.533/51, portanto, normas que garantem a ação de mandado de segurança” (fl. 362), é desprovido de qualquer fundamento, tratando-se de mero deslize material na confecção da exordial, a aludida menção, seguramente oriunda de reaproveitamento de peça em que redigido mandado de segurança pelo causídico em questão, afigurando-se perfeitamente possível, contudo, como ressalvado na própria réplica ofertada, inferir “que os fundamentos jurídicos da ação estão exaustivamente expostos na petição inicial, especialmente a vulneração à coisa julgada (art. 485, inc. IV, do CPC) e a violação de regras de competência funcional por parte do Juiz da execução (art. 485, inc. V, do CPC), não havendo, assim, que se falar em causa para o indeferimento da inicial” (fl. 385).

A alegada ausência de pressuposto processual, por sua vez, rogada pelo réu à luz da assertiva de que “a autora pretende desconstituir sentença que extinguiu o feito sem julgamento de mérito, em razão da incontestável ilegitimidade passiva do INSS, ou seja, não é hipótese que se admite a ação rescisória” (fls. 363/364), e objeto de reiteração pelo Ministério Público Federal - “a presente rescisória foi interposta contra decisão que não se manifestou sobre o mérito da questão *sub iudice*, estando ausente um dos pressupostos específicos” (fl. 434) - igualmente admite rejeição.

A orientação de que somente sentenças e acórdãos de mérito são passíveis de rescisão, não se olvidando que “a qualificação ‘de mérito’ tem a finalidade de indicar ato acobertado pela coisa julgada material” (Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 140), tem sido retratada também na jurisprudência desta Seção especializada, forte em que “cuidando-se de pronunciamento judicial terminativo, sem aptidão legal para consolidar coisa julgada material, depreende-se a impropriedade na pretensão de se o rescindir mediante o manejo de ação rescisória” (AR 2001.03.00.011393-3, rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, unânime, DJU de 24/03/2006, p. 344-345).

Decerto que o *caput* do artigo 485 do CPC, ao prescrever que apenas “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida”, confere pressuposto fundamental para a desconstituição do julgado, a saber, que tenha havido pronunciamento meritório sobre a causa, razão pela qual, em se cuidando de decisão terminativa, sem capacidade de consubstanciar coisa julgada material, portanto, não se apresenta possível o manejo da rescisória.

Nada obstante, tal como em outras situações excepcionais em que doutrina e jurisprudência, modernamente, têm reconhecido viável seu cabimento - conforme ocorre na extinção anômala do processo sob os fundamentos da perempção, litispendência e coisa julgada, em que a aceitação se justifica pelo simples fato de o próprio Código, a teor do disposto no artigo 268, *caput*, primeira parte (“Salvo o disposto no art. 267, n. V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”), vedar a repropositura da demanda em casos tais; nos casos de recursos erroneamente rotulados como intempestivos ou desertos, de pronunciamentos judiciais em que “a consequência é a preclusão, e, portanto, o trânsito em julgado da decisão”, pois, afinal, “não há como apresentar novamente o mesmo recurso” (Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 168); ou, ainda, se

diante daquilo que se convencionou chamar de falsa carência, quando, independentemente da forma como classificado o *decisum* vergastado, examinando-se seu conteúdo percebe-se que o órgão julgador adentrou na análise do mérito propriamente dito da demanda, a despeito do arremate no julgamento pela extinção do processo com fundamento no artigo 267 do diploma processual -, o reconhecimento, após deflagrado o procedimento para cumprimento da decisão condenatória pelo ora réu, da “nulidade do processo, desde o ato da citação, para então declarar a ilegitimidade passiva do INSS para responder a ele, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil” (fls. 314/315), desafia o ajuizamento da ação rescisória.

Isso porque a decisão em questão traz como resultado prático a impossibilidade de se retomar a litispendência executiva, ao admitir propriamente a inexistência do direito da autora de ter satisfeita sua pretensão por meio de título judicial que lhe garantira tomar parte no valor da pensão por morte deixada pelo companheiro, paga até então exclusivamente à ex-esposa do *de cujus*, a cargo do INSS a entrega efetiva do bem da vida que tem assegurado lhe ser devido, na forma em que passado em julgado o acórdão da 5ª Turma desta Corte (fls. 215/222).

Relevante, a esse respeito, a menção novamente ao ensinamento de Flávio Luiz Yarshell (obra citada, p. 214-216), destacando-se:

Não se discute que, nesse contexto, as coisas se passam de forma diversa do que ocorre no processo de conhecimento. O juiz não julga procedente ou improcedente o pedido deduzido pelo exequente. Contudo, o pedido deduzido na execução - imediato, de atuação de meio executivos; e mediato, de entrega ou fruição do bem da vida - pode vir a ser desde logo afastado pela constatação de que, no plano substancial, o demandante não ostenta o direito que afirma ostentar; e que até pode resultar formal ou aparentemente do título executivo.

Ainda nessa linha de raciocínio, é certo que o processo de conhecimento é o campo adequado para a formação e a solução da “controvérsia” de que se falou acima: aí, diante dos termos da inicial, a contestação do demandado estabelece, considerados os respectivos limites, questões de fato e de direito, que, como sabido, são pontos de fato ou de direito que se tornaram controvertidos e que ficam submetidos à decisão judicial. Tal não ocorre - não, ao menos, dessa forma - no processo de execução, no qual, obviamente, não há espaço para contestação ou, por outro ângulo, não há imposição legal do ônus de alegação ao demandado.

Contudo, isso tudo não exclui que no processo de execução surja controvérsia jurídica ou mesmo fática a gerar questões de fato e de direito - questões, essas, pertinentes à relação material e que possam ser resolvidas no bojo do próprio de execução, sem a necessidade de instauração de processo de natureza meramente declaratória.

No processo de execução, como no processo de conhecimento, o objeto do processo é posto exclusivamente pelo autor. O réu - salvo nas hipóteses de reconvenção, de pedido contraposto e das chamadas ações dúplices, que, de resto, não têm lugar na execução - não amplia o objeto do processo.

Contudo, é sabido que no processo de conhecimento o réu pode ampliar o objeto de conhecimento do juiz, pelas alegações que faça em contraposição às do autor. Se assim é, nada impede que isso também ocorra no processo de execução, restando apenas saber se é possível que a controvérsia daí resultante seja passível de solução sem dilação probatória, em uma situação em muito semelhante à do “direito líquido e certo” (como mandado de segurança) ou da questão que não seja de “alta indagação” (como no inventário).

Daí, portanto, ser possível concluir que *também no processo de execução é possível declaração apta à formação da coisa julgada material - e, portanto, apta à desconstituição por meio de ação rescisória. Tal conclusão afeiçoa-se aos fundamentos da coisa julgada material, porque parte das premissas de que (i) terá havido cognição sobre relação a material; (ii) essa cognição terá sido apta - quando menos, potencialmente - a exaurir os termos da*

controvérsia, consideradas as alegações feitas no processo por exeqüente e executado; (iii) com base nessa cognição é possível a declaração do direito, que, muito mais do que mera eficácia meramente processual (de extinção do processo), tem e deve ter eficácia projetada para fora do processo, merecedora, portanto da estabilidade que decorre da autoridade da coisa julgada material; (iv) terá havido autêntico julgamento do mérito, na medida em que rejeitada a pretensão do exeqüente.

Doravante obstada a execução, não se logrando o resultado esperado, a partir do decreto extintivo objeto da presente demanda, nem sequer possível a repositura na hipótese, somente a rescisória exsurge como caminho viável a alterar a sorte da parte no processo.

Com efeito, “diante de uma sentença terminativa fundada em carência de ação, de duas uma: ou o sistema se reputa admissível a repetição da mesma demanda (as mesmas partes, causa de pedir e pedido) - caso em que, de fato, a sentença terminativa está excluída do âmbito da ação rescisória; ou o sistema, ao reputar inadmissível a repetição da mesma demanda, deve abrir ao interessado o canal da desconstituição, via ação rescisória. O que parece ser rigorosamente inadmissível é que as duas alternativas - nova propositura e ação rescisória - sejam, ao mesmo tempo, excluídas ou admitidas. No caso de simultânea exclusão ter-se-ia autêntica ofensa à garantia da inafastabilidade de controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), na medida em que o mérito não teria sido julgado e, em termos práticos, ficaria excluída da apreciação pelo Poder Judiciário a alegação de lesão a direito. No caso de admissão de nova propositura da mesma demanda não haveria interesse de agir para o aforamento de ação rescisória, por desnecessária diante daquela primeira possibilidade. Além disso, sendo possível o aforamento em primeiro grau, ele passa também a ser devido, não podendo a parte simplesmente optar pela demanda diretamente dirigida ao órgão colegiado” (Yarshell, obra citada, p. 161).

Assim, frente a pronunciamento judicial que, no bojo de procedimento de execução contra a Fazenda Pública, para além de concluir pela ilegitimidade *ad causam* de uma das partes, equivale a reconhecer que ao demandante vitorioso no processo condenatório não mais se permite prosseguir com a pretensão cuja satisfação pleiteia-se nessa nova etapa, circunstância a impedir nova propositura da mesma demanda executiva, justamente à vista da profundidade da cognição empreendida na hipótese, irrefutável a ocorrência de análise meritória apta à formação de coisa julgada material, a ensejar, por conseguinte, a possibilidade de desconstituição do julgado, a alegada falta de pressuposto para a rescisória não comporta aceitação.

Precedente colhido no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região recentemente ilustra o raciocínio desenvolvido:

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. 1. Trata-se de embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Segunda Seção Especializada deste egrégio Tribunal que, por maioria, julgou procedente o pedido da ação rescisória, desconstituindo o acórdão proferido nos autos de execução fiscal. 2. O cerne da questão consiste em se perquirir da necessidade de dilação probatória, nos autos da ação rescindenda, para aferir a legitimidade da CET-RIO para figurar no polo passivo de execução fiscal ajuizada para cobrança de valores previdenciários, o que implicaria em inviabilizar a alegação de ilegitimidade passiva da mesma via exceção de pré-executividade, tornando imperiosa a interposição de embargos à execução. 3. Preliminarmente, afastado a alegação de decurso do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória. A ação rescindenda transitou em julgado em 10/02/2004, ao passo que a presente ação foi ajuizada em 08/02/2006. Ao contrário do defendido pelos embargantes, não é possível que o trânsito em

julgado se dê em momentos diversos, em parcelas, relativamente a cada uma das partes. Tal entendimento geraria grande tumulto no processo, pois tornaria possível uma infinidade de coisas julgadas em um mesmo feito, cada uma em momento distinto. 4. Ainda no que tange ao suposto decurso do prazo extintivo, não se pode acatar, igualmente, a tese de que houve decadência, diante do fato de que os réus foram citados somente em março de 2006. É certo que, nos termos do art. 219 do CPC, a citação válida interrompe a prescrição, o que também vale para a decadência, conforme o art. 220 do mesmo diploma legal. Além disto, dispõe o § 1º, art. 219, que “a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação”. Por fim, não se pode dizer que houve demora na citação, tendo em vista que a ação foi proposta em fevereiro de 2006 e a citação, por seu turno, se deu em março de 2006, pouco mais de um mês depois. 5. No tocante à incidência da Súmula nº 343 do STF, veja-se que, nos termos do artigo 530 do CPC, o voto vencido impõe os limites da divergência a ser apreciada por ocasião do julgamento dos embargos infringentes. No caso em apreço, não houve controvérsia acerca do cabimento da ação rescisória, a qual foi admitida tanto no voto vencido quanto no voto vencedor. 6. *Não merece prosperar o argumento de que, no caso em apreço, seria incabível a ação rescisória, pelo fato de que o acórdão rescindendo não julgou o mérito da causa. Na medida em que a exceção acolheu a alegação de legitimidade, na verdade, ela desconstituiu o título executivo, o que, na essência, é um pronunciamento de mérito na execução. A despeito da alegação de não ser legítima, a alegação de legítima está relacionada à própria composição, formação do título executivo, que tem que ser, por essa argumentação, desconstituído.* 7. Considerando-se que o tema debatido na execução fiscal se relaciona à relação de emprego entre os guardadores do programa “vaga certa” e a CET-RIO, esta se mostra notoriamente como matéria fática a qual requer dilação probatória, inviável em sede de exceção de pré-executividade. 8. Afigura-se claramente inconcebível o manejo de exceção de pré-executividade para discutir matéria fática, consubstanciada na comprovação de vínculos empregatícios, demonstrando que o acórdão proferido violou literalmente o art. 16 da Lei nº 6.830/80, como também afastando indevidamente a presunção de liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa. 9. Embargos infringentes improvidos. (EI em AR 2006.02.01.001357-8, Plenário, rel. Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJF2R de 18.1.2013)

Válida, ainda, a menção aos fundamentos empregados no voto do Relator:

Ressalto ainda que não merece prosperar o argumento de que, no caso em apreço, seria incabível a ação rescisória, pelo fato de que o acórdão rescindendo não julgou o mérito da causa. É bem verdade que o *caput* do art. 485 do CPC prevê a rescindibilidade da sentença *de mérito* transitada em julgado, o que é corroborado pela jurisprudência que trata do tema. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, vem entendendo que, para delimitar quando seria cabível a rescisão do julgado, deve se ter em mente se a decisão, ainda que terminativa, tem conteúdo de mérito, ou seja, se adquiriu, ou não, autoridade de coisa julgada material. Confira-se os seguintes julgados: AR 336/RS, REsp 711794/SP, AR 2099 SE. É óbvio que não haveria sentido rescindir julgado sobre o qual tivesse sido formada, tão somente, coisa julgada formal, já que seria permitido à parte fazer o mesmo pedido perante o Juízo, excluindo, assim, a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória. Entretanto, em alguns casos, ainda que não haja apreciação do mérito propriamente dito, a parte fica impedida de ajuizar a mesma ação, sob o mesmo fundamento. Como destacou o Ministro Humberto Gomes de Barros (AR 336/RS), “há uma regra de ouro para apurar se o acórdão é rescindível ou não. Tal regra se contém numa questão: é possível reabrir a questão resolvida pelo acórdão? Se não é possível a reabertura, cabe a rescisória. Possível a reabertura não há coisa julgada material e a rescisória não cabe. O que o Código, em última análise, na verdade, considera rescindível é a coisa julgada material”.

No caso em apreço, foi acolhida exceção de pré-executividade, diante do reconhecimento da ilegitimidade passiva da CET-RIO. Sendo assim, o acolhimento da exceção de pré-executividade não permite o ajuizamento de nova ação de execução em face da CET-RIO. Desta forma, o *decisum* pode ser objeto de ação rescisória.

Veja-se que, na ação rescindenda, havia uma execução do INSS em que constava da CDA a empresa executada. O Superior Tribunal de Justiça tinha forte jurisprudência no sentido de que, quando consta da Certidão de Dívida Ativa e, portanto, integra o título judicial, não seria possível a exclusão por ilegitimidade, diante da presunção de legitimidade do título.

Sendo assim, na medida em que a exceção acolheu a alegação de legitimidade, na verdade, ela desconstituiu o título executivo, o que, na essência, é um pronunciamento de mérito na execução. A despeito da alegação de não ser legítima, a alegação de legítima está relacionada à própria composição, formação do título executivo, que tem que ser, por essa argumentação, desconstituído.

Por fim, quanto à questionada “impossibilidade jurídica do pedido - funcionário público federal vinculado a regime próprio de previdência social - fato admitido na inicial - pedido de pensão por morte no regime geral de Previdência Social” (fl. 364), exige-se, de fato, o exame minucioso dos argumentos expendidos na exordial, dizendo respeito, na verdade, ao mérito do pedido, confundindo-se com o *iudicium rescindens* propriamente dito, razão pela qual será com ele analisada.

Superada a matéria preliminar, assente, outrossim, segundo a anotação na obra de Theotonio Negrão (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 624), ilustrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, que “o inciso V do art. 485 do CPC alcança a norma de natureza processual”, presentes, por conseguinte, os pressupostos necessários à admissão da rescisória, e devidamente compreendida a causa de pedir no rol de hipóteses taxativamente previstas na lei (Código de Processo Civil, artigo 485), cumpre analisar se o caso é de desconstituição do julgado.

A rescisória é ação que objetiva derrubar a coisa julgada já formada. Busca impugnar decisão atingida pela coisa julgada material. Passada em julgado e a salvo de qualquer recurso. Sua finalidade não é rescindir todo e qualquer julgado. As hipóteses são restritas e taxativas, por se estar diante da autoridade da coisa julgada, de decisão que produziu, a todas as luzes, eficácia completa, no dizer de Pontes de Miranda, “como se não fosse rescindível” (*In: Comentários ao código de processo civil*, t. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 177). Medida excepcional e cabível apenas dentro das hipóteses restritas trazidas pela lei processual (Ada Pellegrini Grinover, *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, Revista de Processo 87/37), porquanto esgotados os recursos, chega-se à imutabilidade da decisão de mérito, sem que se possa declará-la justa ou injusta, daí se permitindo, tudo isso, no dizer de Sálvio de Figueiredo Teixeira, “um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social” (*In: Ação rescisória*, Apontamentos, RT 646/7).

Elemento imunizador dos efeitos que a sentença ou acórdão projetam para fora do processo, a utilidade da *res iudicata* “consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso”, pois “a garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença” (Candido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª edição, vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 194).

Justamente para o fim de protegê-la encontra-se arrolado no referido artigo 485 fundamento específico voltado à rescindibilidade no caso de se ter vício consistente na emissão de novo pronunciamento sobre matéria já resolvida, já que “nenhum juiz poderá decidir questões já decididas no processo (preclusão; coisa julgada formal - CPC 471), nem poderá decidir novamente a lide já julgada por sentença de mérito transitada em julgado (coisa julgada material - CPC 467, 468), de modo que a ofensa à coisa julgada (CPC 485 IV) também será ofensa a literal disposição de lei (CPC 485 V)” (Nelson Nery Junior, *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 11ª edição, p. 812-813).

A seu turno, para a maciça doutrina processual, violar literal disposição de lei significa desbordar por inteiro do texto e do contexto legal, importando flagrante desrespeito à lei, em ter a sentença de mérito sido proferida com extremo disparate, completamente desarrazoada.

José Frederico Marques refere-se a “afronta a sentido unívoco e incontroverso do texto legal” (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. III, Bookseller, 1ª edição, p. 304). Vicente Greco Filho, a seu turno, leciona que “a violação de lei para ensejar a rescisória deve ser frontal e indubitosa” (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, 5ª edição, p. 385). Também Ada Pellegrini Grinover (obra citada), ao afirmar que a violação do direito em tese, para sustentar a demanda rescisória, há de ser clara e insofismável.

Ainda, a respeito, a anotação de Theotonio Negrão (obra citada, p. 567-568), ilustrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

Art. 485: 20. “Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei. A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica” (STJ - 2ª Seção, AR 720-PR-EI, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.10.02, rejeitaram os embs., v.u., DJU 17.2.03, p. 214).

“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). No mesmo sentido: RT 634/93.

“Ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei. Justifica-se o ‘judicium rescindens’, em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei” (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154.

Constata-se também o fato de o dispositivo resguardar não apenas a literalidade da norma, mas seu sentido, sua finalidade, muitas vezes alcançados mediante métodos de interpretação (Sérgio Rizzi, *Ação Rescisória*, São Paulo, RT, 1979, p. 105-107).

José Carlos Barbosa Moreira, criticando a expressão “literal disposição de lei”, pondera: “O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgar na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 11ª edição, 2003, p.130). Igualmente, 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” (obra citada, p. 323).

Conclui-se ser inadmissível a desconstituição do julgado com base em mera injustiça, em interpretações controvertidas, embora fundadas. A rescisória não se confunde com nova instância recursal. Exige-se mais, que o posicionamento adotado desborde do razoável, que agrida a literalidade ou o propósito da norma.

In casu, por ambos os fundamentos alegados aceita-se a desconstituição do julgado hostilizado, suficiente, à constatação quer da ocorrência de ofensa à coisa julgada formada na Apelação Cível de reg. nº 91.03.008914-2, quer da violação de diversos dispositivos procedimentais, em especial a ofensa aos artigos 467 e seguintes, do Código de Processo Civil, que tratam justamente do instituto em questão, e ao artigo 568, inciso I, do mesmo diploma - “São sujeitos passivos na execução: - o devedor, reconhecido como tal no título executivo”, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em análise:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ARGÜIÇÃO NA FASE DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. 1. Em processo de execução de título judicial, é vedada a discussão acerca da legitimidade de parte no processo cognitivo, em respeito à coisa julgada. Precedentes. 2. *In casu*, mostra-se tardia a alegação de ilegitimidade na fase de execução do julgado, uma vez que se está diante de título executivo judicial acobertado pela coisa julgada (art. 568, I, do CPC). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 444.938, 6ª Turma, rel. Desembargadora Convocada Alderita Ramos de Oliveira, DJe de 15.3.2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. TELEMS. PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. QUESTÃO DECIDIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. As questões efetivamente decididas, de forma definitiva, no processo de conhecimento (ação civil pública), ainda que de ordem pública, como a legitimidade passiva *ad causam*, não podem ser novamente debatidas, sobretudo no processo de execução, sob pena de vulneração à coisa julgada (REsp 917.974/MS, relator Min. Luis Felipe Salomão, DJ 4.5.2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 165.050, 4ª Turma, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 23.8.2012)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. DISPOSITIVOS APONTADOS COMO VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FASE EXECUTÓRIA. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A violação do art. 535 do CPC não ficou configurada, eis que ausentes as hipóteses de cabimento dos aclaratórios, quais sejam, omissão, contradição ou obscuridade, a importar nulidade do acórdão. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão. 2. Apesar da oposição dos em-

bargos de declaração, os artigos 243 da Lei 8.112/90, 2º, 128, 460, 467 e 468 do CPC, bem como as teses a eles vinculadas não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que configura ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado. Precedentes: AgRg no Ag 1.364.663/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 26/4/2011; EDcl no AgRg no Ag 1.345.585/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/4/2011; EDcl no AgRg no REsp 685.267/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 16/3/2011. 4. A jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que a questão envolvendo a legitimidade passiva *ad causam* também encontra-se acobertada pela coisa julgada, motivo pelo qual não pode ser novamente discutida na fase de execução do título executivo judicial. Precedentes: AgRg no REsp 541.374/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 3/11/2004; AgRg no REsp 1.019.717/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 8/9/2011. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag. em REsp 2.723, 1ª Turma, rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 2.8.2012)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. PRECLUSÃO. COISA JULGADA. 1. A questão da ilegitimidade passiva da Agravante, uma vez que não impugnada na ação de conhecimento, restou acobertada pela coisa julgada, nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AI 1.214.538, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 10.5.2010)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. COISA JULGADA. 1. Em processo de execução de título judicial, é vedada a discussão acerca da legitimidade de parte no processo cognitivo, em respeito à coisa julgada. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 752.245, 4ª Turma, rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 16.11.2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA ESTADUAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - TRIBUTO DIRETO - INAPLICABILIDADE DO ART. 166, DO CTN - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ILEGITIMIDADE DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO LEVANTADA PELA FAZENDA ESTADUAL - PRECLUSÃO - COISA JULGADA - JUROS DE MORA - ARTS. 161, § 1º, E 167 DO CTN - INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 1.062 E 1º DA LEI Nº 4.414/64. 1. A norma do art. 166, do Código Tributário Nacional, permite a restituição de tributos que comporem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo exclusivamente àquele que demonstrou tê-lo assumido; ou, no caso de transferi-lo a terceiro, estar expressamente por este autorizado a fazê-lo. 2. No caso em tela, conforme explicitado no voto condutor do acórdão recorrido, o imposto cobrado da autora da ação era direto e independia de transferência a terceiro, para efeito de assegurar a repetição que lhe foi garantida na sentença proferida na fase de conhecimento (fl. 63), o que afasta a aplicação do artigo 166 do CTN. 3. Esta Corte assentou a compreensão de que a questão relativa à legitimidade ou ilegitimidade na fase de execução de sentença encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada. 4. O STJ, ao interpretar os arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN, firmou jurisprudência no sentido de que a taxa de juros de mora na repetição de indébito tributário é de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença, não sendo aplicadas, portanto, as disposições dos arts. 1.062 do Código Civil de 1.916 e 1º da Lei nº 4.414/64, apropriadas apenas às obrigações de direito privado, estabelecendo o percentual

dos juros moratórios em 6% ao ano. Precedentes. Recurso especial improvido. (REsp 361.758, 2ª Turma, rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 21.5.2007)

Execução. Embargos. Título judicial. Citação. Cerceamento de defesa. Ilegitimidade passiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Coisa julgada. Precedentes da Corte. 1. Precedentes da Corte há que assentam ter a jurisprudência “oferecido temperamento quando se trate de citação de pessoas jurídicas, admitindo a teoria da aparência, dando por válida a citação feita na pessoa de quem, na sede, apresenta-se como representante legal, recebendo a citação sem qualquer ressalva. (EResp nº 156.970/SP, Corte Especial, Relator o Ministro Vicente Leal, DJ de 22/10/01)” (REsp nº 681.639/SC, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 12/9/05). 2. Se a citação foi válida, como foi, e o autor não contestou a ação, deixando passar em branco a decisão que antecipou a tutela, não há mais o que apontar de nulidade com a alegação de que não houve referência no mandado de que teria sido imposta a multa ao abrigo dos artigos 234 e 247 do Código de Processo Civil. 3. Pertinentes ao caso sob julgamento precedentes da Corte no sentido de que a “necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face de circunstâncias fáticas de cada caso” (AgRgAg nº 80.445/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Cláudio Santos, DJ de 5/2/96). 4. A orientação que tem prevalecido na Corte, no que concerne ao art. 565 do Código de Processo Civil, diz que o adiamento somente tem cabimento se houver pedido de todos os advogados que militam na causa, não havendo nulidade no indeferimento de tal pedido (REsp nº 60.220/MG, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2/10/95; EDclREsp nº 520.547/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 16/2/04). Na verdade, essa prática tem sido notoriamente acolhida nesta Corte. 5. No caso, quanto à ilegitimidade passiva e à impossibilidade jurídica do pedido, se é a embargante a devedora reconhecida no título executivo, não há espaço para argüir a ausência de legitimidade. Mesmo considerando que a recorrente não compareceu na ação principal, o fato é que sendo válida a citação, não há mais o que discutir, porquanto a sentença transitada em julgado reconheceu a dívida pelo descumprimento da ordem judicial de cancelamento da hipoteca. 6. Recurso especial não conhecido.

(REsp 676.208, 3ª Turma, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14.5.2007)

Em sua mais consagrada obra, Enrico Tullio Liebman (*Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover, Forense, 4ª edição, pp. 175-177) fez registrar que “motivos bem conhecidos de política legislativa querem que, em certo momento, se ponha fim à controvérsia. Atinge-se este resultado quando se precludem os meios de recurso. Não pode, então, ser a sentença mudada, e se ultimou o processo: forma-se a coisa julgada formal. Mas a segurança do direito e a pacificação social querem algo mais. Pode a controvérsia renascer por ocasião de novo processo sobre o mesmo objeto ou sobre um objeto conexo, e poderia o juiz convencer-se de que foi injusta a precedente decisão. Embora se tenha tornado imutável a sentença, sabemos que a sua eficácia, apesar de ser vinculante, não poderia impedir que se julgasse de modo contrário, caso fosse ministrada a demonstração de que a precedente sentença julgou injustamente. Para evitar uma decisão contrária, deve a coisa julgada assegurar não mais e não somente a sentença, mas ainda o efeito que ela produziu, isto é, a declaração ou a mudança da relação jurídica deduzida em juízo; com esta sua função, a coisa julgada torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença, a saber, torna incondicionada a sua eficácia, e garante assim a segurança, a permanência e a imutabilidade dos efeitos produzidos. Esta é a coisa julgada substancial ou autoridade da coisa julgada que não é, como se vê, um efeito autônomo da sentença, porém uma qualidade, um

atributo de eficácia que a sentença natural e necessariamente produz; o meio porque a ordem jurídica tende, não tanto a resolver, como a superar e eliminar o problema da validade da sentença, tornando a sua eficácia indiferente a qualquer indagação sobre a sua conformidade com o direito”.

Ao Judiciário cabe zelar por bem demasiadamente caro, como se apresenta a segurança jurídica. A realização de um mínimo de segurança constitui condição para que possa haver justiça. O direito é concebido “para ao menos estabelecer alguma segurança no passado que confira a cada um o direito de projetar sua vida no futuro, de fazer suas escolhas, suas apostas, em face do imponderável” (Eduardo Talamini, *Coisa Julgada e sua Revisão*, RT, 2005, p. 596).

Citado por José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, para Jorge Reinado Vanossi, em *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, a segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Leonardo José Carneiro da Cunha (*Mérito e coisa julgada na execução*, Revista da ESMAPE, vol. 14 - num. 29, janeiro/junho-2009, p. 314-315) reporta-se ainda ao “chamado princípio da ‘confiança legítima’, tido como expressão do direito fundamental à segurança, não se limitando à mera incolumidade pessoal. A segurança jurídica constitui desdobramento da segurança *tout court*. O princípio da ‘confiança legítima’ tem sua gênese no direito germânico, passando a ser adotado pelo direito comunitário e vindo a ser consagrado em países europeus, sobre tudo na França e Itália. Tal princípio da ‘confiança legítima’ resulta da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica. Quando o direito se torna instável, a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade é assegurada pelo princípio da confiança legítima. Constitui um passo importante Para a Ciência do Direito aproximar a confiança da boa-fé. O princípio da confiança tem íntima ligação com o princípio da boa-fé, de forma a fixar um conteúdo ético mais acentuado à atuação dos sujeitos de direito. A confiança, que se relaciona mais com a moral, influencia a boa fé, cuja aplicação opera-se mais para o direito. Para que se atenda à boa-fé e à confiança, garantindo-se um mínimo de conduta ética e de estabilização nas relações jurídicas, é preciso que se confira primazia à coisa julgada, afastando-se qualquer instabilidade ou desconfiança nas decisões proferidas pelo Judiciário, cuja função e atividade devem ser fonte de segurança, respeito e confiabilidade por parte dos jurisdicionados”.

Excetuando-se a ausência de citação inicial, a formação da coisa julgada é sanatória de todos os demais vícios processuais e procedimentais, inclusive o resultante da não concorrência de condição da ação, não mais se podendo falar, assim, na existência de nulidade, após certificado o trânsito, muito menos na invalidade ou inexistência do ato.

O único requisito de existência do processo, sem o qual a decisão proferida é mero fato, destituído de efeito jurídico, ensina José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo, Malheiros, 2ª edição, Malheiros, p. 225), “é a jurisdição, isto é, a presença de um juiz, regularmente investido dessa função”, dúvida não existindo, pois, quanto ao reconhecimento da inexistência do ato a *non iudice*, porque manifesta a ausência de poder jurisdicional daquele que emitiu, na expressão utilizada por Talamini (obra citada, p. 325), “arremedo de sentença”.

Contudo, em relação à legitimidade *ad causam*, reconhecê-la após o trânsito em julgado, não se permite. A nulidade converte-se em rescindibilidade, e o defeito não impede que a decisão, preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante pedido

expresso de rescisão, no prazo legalmente disposto na lei processual civil (CPC, artigo 495), circunstância aqui não verificada.

De mais a mais, como visto, na dicção pura do artigo 568, inciso I, do Código de Processo Civil, “aquele que é apontado como devedor no título executivo tem legitimidade passiva para sofrer a execução”, e a melhor hermenêutica, de fato, remete à compreensão de que “não é possível reabrir eventual discussão a respeito de ilegitimidade para agir de uma das partes no processo de conhecimento”, ou seja, “o executado pode argüir tão somente a ilegitimidade das partes a partir da relação de adequação entre a sentença condenatória e a execução forçada”, apontando-se tão-somente “defeito nos pólos da fase executiva - sempre a partir do que restou cristalizado na sentença condenatória - ou porque que requer a execução não poderia fazê-lo, ou porque o executado não responde pela dívida exigida” (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, p. 613/727).

Sumulando, após o trânsito em julgado no processo de conhecimento, por ocasião da fase de cumprimento do decidido, portanto, ao INSS não cumpria recobrar sua ilegitimidade, nem sequer ao juízo *a quo*, em desprestígio à preclusão máxima lá operada, caberia reconhecê-la para o fim de declarar a nulidade *ab initio* de todo o processado.

E acerca de tudo que se passou, nada tem a reclamar o Instituto.

Já no momento da propositura da demanda originária (fls. 32/36) mencionara-se que o instituidor da pensão em disputa fora “funcionário público federal” e que a requerente restara indicada como beneficiária “pelo falecido, em relação própria e expedida pela 5ª CSM - Divisão de Pessoal Civil, em tudo quanto fosse de direito, perante a União”, acostando-se à petição inicial até mesmo comprovante de rendimento em nome de “José Lidio Dias da Silva”, referente aos proventos pagos pelo Ministério do Exército como “Serv Civ Aposentado” (fl. 41), lá constando inclusive desconto de 3,5% ao IAPAS.

Devidamente citado para resposta (fl. 49, verso), na contestação oferecida o Instituto Nacional de Previdência Social limitou-se a sustentar a impropriedade do rateio requerido pelo fato de que “no caso em tela, o segurado era obrigado a prestar alimentos à ex-esposa, tanto que a própria A. fez a prova de tal pagamento, sendo quase certo que a mesma já venha recebendo a pensão, através da ag. do INPS do Rio de Janeiro, sendo que esclarecimentos maiores, somente poderão ser prestados e analisados, após a juntada do processo administrativo já requerido pela A. naquela cidade” (fl. 53), nada questionando quanto à possível ilegitimidade.

Requisitadas pelo juízo “fotocópias integrais do processo administrativo a que se refere a inicial à Agência centro, no Rio de Janeiro, do INPS” (fl. 51), após resposta inicial do IAPAS solicitando “maiores informações tais como: data de nascimento, nº CTPS, filiação referente Maria José do Nascimento da Silva, visto tratar-se de homônimos”, salientando-se, ao ensejo, que “o Serviço de Seguros Sociais - Seção Expediente, Cadastro e Arquivo -, informou que nada consta em seus arquivos em nome da mesma” (fl. 60), registrou-se o transcurso do prazo assinalado sem o completo atendimento (fl. 65), sobrevindo, então, manifestação em nome da parte ré responsabilizando-se pelo cumprimento - “MM. Juiz: Comprometo-me com V. Exa. a providenciar, com a maior brevidade possível, o ofício informativo do INPS, referente ao caso em tela” (fl. 66).

Em meio ao procedimento de integração à demanda da titular do pensionamento instituído (fl. 70), formulou-se, desta feita ao argumento da necessidade de “examinar um pré-requisito para a ação: quem pagava ao ‘de cujus’ a sua aposentadoria”, requerimento em outro sentido - “Requer, assim, o INPS, ante a informação da A. de fls. 05, 4º parágrafo, se requisitem à 5ª

CSM informações sobre o tipo de aposentadoria que o ‘de cujus’ percebia e quem era o órgão previdenciário que efetuava os pagamentos” (fl. 81, verso), ao que a 5ª Circunscrição de Serviço Militar do Ministério do Exército redarguiu “que o Sr José Lydio Dias da Silva foi servidor civil inativo, vinculado a esta CSM, falecido, e *seus beneficiários recebem pensão através do INPS*” (fl. 85), dando-se o réu por “ciente do ofício”, sem nada opor à informação trazida aos autos.

Sucederam-se, então, sentença terminativa por impossibilidade jurídica do pedido, da lavra do Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto (fls. 120/122); acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, em que provido o recurso da autora para anular a primeira decisão, determinando expressamente que se examinasse o mérito da pretensão (fls. 171/175); sentença de procedência, proferida já pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária instalada naquela localidade, “condenando o Réu a pagar a A., 50% do valor da pensão por morte do indicado segurado, mais o pecúlio especial (art. 360) e o abono anual (art. 151, I), a partir do falecimento, ocorrido em 19/11/83” (fls. 182/188); e acórdão da 5ª Turma desta Corte dando parcial provimento à apelação do INSS “tão-só para fixar na data da citação, 9 de agosto de 1984, o marco inicial da pensão por morte, mantida, em tudo mais, a r. sentença” (fls. 215/222).

Parafraseando o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em hipótese assemelhada, por conta da apreciação do Recurso Especial 150.604 - e já laborando em sede de *iudicium rescisorium*, pois, no presente caso, acabam por se confundir, quanto aos fundamentos, as etapas que perfazem o instituto da ação rescisória, imprescindível, para a constatação da existência de ofensa à coisa julgada e violação à lei, no *iudicium rescindens*, aferir sobre a correta aplicação das normas processuais - “se a execução será possível ou não contra o INSS; se este tem legitimidade ou não para figurar no pólo passivo da relação; se, devido ao tempo decorrido, será possível anular-se a sentença eivada de nulidades, são questões impossíveis de serem abordadas nesta via estreita”, que dirá quando já alcançado o trânsito em julgado e superado o biênio decadencial para a ação rescisória, como aqui delineado.

Se somente após permitiu-se constatar que “não existe ou existiu pensão concedida pelo INSS pela morte do Sr. José Lydio Dias da Silva a quem quer que seja, bem como ao fato do mesmo ter sido aposentado pelo Ministério do Exército” (fl. 265), conforme corroboram, de fato, as “cópias referentes ao Processo de Aposentadoria do ex-servidor JOSÉ LÍDIO DIAS DA SILVA” (fl. 289, docs. às fls. 290/304), sobra ao ente previdenciário, nesse íterim, dar cabo sponte propria da implantação de benefício em nome da autora nos mesmos parâmetros consignados judicialmente - 50% do valor da pensão por morte deixada pelo segurado, além do pecúlio e abono anual, a teor do contido no Decreto 83.080/79, artigos 151, I, 360 e 361, a partir da citação no processo originário -, dando-se seqüência à apuração do montante a título de atrasados, permitindo-se o desconto dos valores recebidos a título amparo assistencial desde 28.7.2000 (NB 1179968236).

Eventualmente, em que pese já ter o Ministério da Defesa, via Comando da 2ª Região Militar do Sudeste, assentado que “não deve preocupar-se em cumprir tal decisão, tendo em vista que a sentença judicial tem força de lei nos limites da lide, conforme prevê o art. 468, do Código de Processo Civil, pois ela somente gera obrigatoriedade entre as partes envolvidas no processo. Além disso, em momento algum, a União ou o Exército foram notificados pela Justiça para o cumprimento da decisão” (fl. 242), fomentar o devido convencimento de sorte a ter concretizado o desdobramento da pensão titularizada por Maria José do Nascimento da Silva, sobre a qual o Judiciário, definitivamente, decidiu ter direito também Joana de Carvalho Ferreira.

Só não se admite que se exima, o INSS, do *munus* de arcar com a obrigação de dar cumprimento ao título executivo obtido pela autora.

No sentido do exposto, a jurisprudência das Cortes Regionais, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EX-SERVIDOR DO INAMPS. PROCESSO DE CONHECIMENTO COM INSS NO POLO PASSIVO. RECONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO CONTRA A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRECLUSÃO. COISA JULGADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. A controvérsia posta no presente instrumento cinge-se sobre legitimidade do INSS em dar efetivo cumprimento ao título executivo, que se encontra devidamente transitado em julgado. 2. A agravada era pensionista de ex-servidor do extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social INAMPS, o que, em tese, atrairia a União para figurar no polo passivo dos autos originários, considerando que a citada autarquia fora extinta pela Lei nº 8.689/93. 3. O INSS de modo tardio suscita sua ilegitimidade para os fins de deconstituir título judicial devidamente transitado em julgado por meio de simples agravo de instrumento. Ocorre que a tese suscitada neste recurso deveria ter sido ventilada no processo de conhecimento na peça contestatória ou, ainda, em sede de ação rescisória (arts. 295, II e 485, II, ambos do Código de Processo Civil). 4. A irresignação do INSS se mostra desarmazoadada nesta fase processual, mormente em razão da definitividade da qual passou a se revestir o título executivo dos autos originários, o que supera inclusive a tese de legitimidade passiva. 5. Considerando que o direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495 do CPC), até esta via excepcional não pode ser delineada pela autarquia em razão do prazo já ter se escoado. 6. Mirando a duração razoável do processo e da efetividade da jurisdição, deve o INSS responder pelo débito e promover eventual acerto administrativo-financeiro-orçamentário com órgão responsável pelo pagamento das verbas apuradas na execução, não implicando qualquer prejuízo à Autarquia Previdenciária. 7. Agravo a que se nega provimento.

(TRF-1ª Região, AI 1998.01.00.016151-0, rel. Juiz Federal Conv. Cleberon José Rocha, e-DJF1 de 4.3.2013)

PRECATÓRIOS. CANCELAMENTO DOS OFÍCIOS REQUISITÓRIOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. COISA JULGADA. PRECLUSÃO. DECISÃO REFORMADA. Não cabe, com amparo na assertiva de que o devedor é parte ilegítima, cancelar precatório já expedido, quando o título judicial expressamente condenou a entidade requisitada. É impossível a rediscussão de matéria preclusa, nos termos do art. 473 do CPC. Um dos pilares da segurança jurídica é exatamente o respeito à coisa julgada, razão pela qual não cabe, na execução, renovar debate no que tange à legitimidade passiva para o pagamento dos atrasados, diante do decidido. O título executivo condenou a União e o INSS na obrigação de pagar e não cabe agora, em execução, rediscutir questões cobertas com o gesso do trânsito em julgado. Agravo de Instrumento provido.

(TRF-2ª Região, AI 2012.02.01.001285-9, rel. Desembargador Federal Guilherme Couto, e-DJF2R de 28.5.2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. INPS. SUCESSÃO PELO INSS. ALEGAÇÃO POSTERIOR À FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. PRECLUSÃO. IMPROVIMENTO. 1. A sentença proferida na ação originária, na qual o reclamante foi condenado a pagar a reclamada verbas decorrentes de reconhecimento de desvio de função, transitou em julgado em 21 de setembro de 1993. 2. Iniciada a execução do julgado, o INSS constatou que a reclamante não foi sua funcionária e sim do INAMPS, tendo sido determinada a substituição do réu originário pela União Federal. 3. Contudo, o INAMPS não integrou o pólo passivo da ação, não podendo ser demandado na execução. Ora, a sentença foi prolatada em face do INPS, sucedido pelo INSS, não tendo a Autarquia, em momento algum, se insurgido contra a sua inclusão no pólo passivo da demanda. Dessa forma, irrecorrida a sentença quanto a

essa questão, operou-se a coisa julgada material. 4. A coisa julgada, verificada na sentença, é protegida por cláusula pétrea estampada no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal e objetiva a estabilidade e a segurança das relações jurídicas, imperiosas para a própria manutenção do Estado de Direito. Daí ter sido erigida ao status de norma constitucional. 5. Se a parte passa ao largo da matéria acerca da ilegitimidade, no processo de cognição, não pode ela querer, no momento da execução da sentença, tratar de discuti-la, em prejuízo da coisa julgada formal, que se operou validamente, pois, implicitamente, na sentença exequenda foi decidido que o INSS tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação, nem mais nem menos do que isso, em face do entendimento que se extrai do art. 474 do CPC, pois também está sujeita à preclusão máxima alegações que poderiam ter sido realizadas e não o foram. 6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF-3ª Região, AI 0071923-72.1997.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Luiz Stefanini, e-DJF3 de 17.6.2009)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA. TERMO INICIAL DA CONDENAÇÃO FIXADO NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. DESCABIMENTO DE REDISCUSSÃO EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução. 2. A parte legítima para figurar no pólo passivo da execução é aquela que, de acordo com o título executivo judicial, foi condenada ao pagamento de valores à parte contrária. O título executivo, no caso dos autos, condenou o INSS a incluir a embargada como beneficiária da pensão por morte deixada pelo seu companheiro, rateando, de forma igualitária, com os beneficiários anteriormente habilitados, com efeitos financeiros a partir da data do requerimento administrativo por ela formulado, em 29/05/2002. Destarte, a legitimidade passiva para figurar no pólo passivo da execução é, de fato, do INSS, razão pela qual se rejeita a preliminar. 3. A fixação do termo inicial da condenação foi imposta pelo título executivo judicial e, no momento oportuno, na fase de conhecimento do processo original, o INSS não interpôs recurso de apelação. Assim, não é cabível, em sede de embargos à execução, vir a rediscutir essa questão, pois já foi abrangida pelos efeitos da coisa julgada. 4. Considera-se justa a fixação da verba honorária, numa demanda como a presente, em R\$ 1.000,00 (mil reais), por se mostrar condizente com o trabalho realizado. Apelações improvidas.

(TRF-5ª Região, AC 0001750-13.2011.4.05.8201, rel. Desembargador Federal José Maria Lucena, DJE de 7.3.2013)

De resto, cediço que “a desconstituição da decisão importará a retomada do processo de execução e dos atos materiais de invasão na esfera patrimonial do devedor que nele devem ter lugar - o que, naturalmente, variará segundo as particularidades de cada caso, considerando-se os atos já praticados, os que eventualmente necessitem repetição e os que ainda devam ser praticados”, superado o vício decorrente do *error in procedendo* manifestado na sentença rescindenda, impõe-se de rigor o prosseguimento no juízo de origem, viabilizando-se o cumprimento do julgado, com a adoção das medidas próprias ao desate da execução, as quais devem ser praticadas “perante o órgão competente para tanto, não havendo justificativa para que a execução prossiga perante o tribunal, salvo se antes já se apresentava como competente para tanto, por se tratar de execução em feito de competência originária” (Yarshell, obra citada, p. 391-392), hipótese aqui não verificada.

Posto isso, não conheço dos pedidos de condenação do INSS ao pagamento de danos morais e por litigância de má-fé, rejeito a matéria preliminar e, quanto ao mérito, julgo procedente o pedido formulado na presente demanda, para, com fundamento nos incisos IV e V do artigo 485 do diploma processual, desconstituir o *decisum* de fls. 282/283 do feito originário

(fls. 314/315 destes autos), e, em sede de juízo rescisório, determinar o desarquivamento do processo subjacente, a fim de que tenha regular prosseguimento perante o juízo *a quo* a demanda executiva intentada em nome de Joana de Carvalho Ferreira, nos termos *supra*.

Honorários advocatícios em favor do patrono da autora, a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social, fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), devidamente atualizados.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0034148-95.2012.4.03.0000

(2012.03.00.034148-4)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Agravado: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: AI 492394

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/06/2013

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REALIZAÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL PARA AFE-
RIÇÃO DO VALOR DO IMÓVEL. VÍCIOS NA AVALIAÇÃO. INDENIZAÇÃO FIXADA
EM MONTANTE EXCESSIVO. TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.
DEFERIMENTO DA NOVA PERÍCIA.

1. Superado o biênio para a propositura da ação rescisória e não se afigurando ca-
bíveis, no caso concreto, os demais instrumentos legais de revisão da coisa julgada,
previstos nos artigos 741, inciso I, 475-L, inciso I, 475-L, parágrafo 1º, e 741, parágrafo
único, todos do Código de Processo Civil, impende perquirir acerca da possibilidade
de se reabrir a discussão sobre a indenização, em sede de execução de título judicial,
devida pelo Município de São Paulo em favor da Caixa Econômica Federal, com base
na teoria da relativização da coisa julgada.

2. A coisa julgada é instituto erigido pela Constituição Federal como garantia fun-
damental (artigo 5º, inciso XXXVI), sendo o seu abrandamento excepcionalmente
admitido pelo sistema jurídico brasileiro em hipóteses expressamente definidas em lei.

3. Conquanto o processo deva buscar a solução definitiva da lide, em homenagem
aos postulados da garantia da segurança e da estabilidade das relações jurídicas,
razões de interesse público podem legitimar a adoção de medidas restritivas, quando
confrontado o princípio com outros valores constitucionais igualmente protegidos,
tendo em vista que nenhum direito ou garantia fundamental previsto na Lei Maior
se reveste de caráter absoluto.

4. Na colisão entre direitos ou garantias fundamentais, não havendo que se falar
em supressão de um valor por outro, ante a inexistência de hierarquia, consoante o
ensinamento de Alexandre de Moraes, "... o intérprete deve utilizar-se do princípio
da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os
bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros,
realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição
dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia
do texto constitucional com sua finalidade precípua" (*Direito Constitucional*. 27ª
edição. São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 36).

5. Em se tratando de intervenção do Estado na propriedade, o artigo 5º, inciso XXIV,
da Constituição Federal estabelece que a desapropriação deve atender ao pagamento
da justa e prévia indenização, preceito fundamental que, embora vise precipuamente

a proteger o expropriado de uma possível lesão ao patrimônio, também constitui parâmetro para impedir a fixação em montante excessivamente superior ao valor real do imóvel, sob pena de proporcionar o enriquecimento sem causa.

6. Como ressaltado pelo *Parquet* Federal em seu parecer, os valores estimados da indenização a ser paga pela Prefeitura de São Paulo, no montante de dois bilhões de reais, “são eloqüente argumento no sentido de que nenhuma dúvida pode remanescer sobre a regularidade de tal pagamento”. De fato, malgrado se possa cogitar, em tese, de eventual inércia ou desídia do ente político na discussão da indenização no processo de desapropriação, não se pode ignorar que o valor executado é quantia de grande monta que ultrapassa os limites da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, além de não se coadunar com o ordenamento jurídico, legitimando, num juízo de ponderação entre os valores constitucionais discutidos, a realização de nova perícia no imóvel, com os devidos apontamentos sobre as questões apresentadas pelo município.

7. A tese da relativização da coisa julgada impõe-se apenas em situações extremadas, de grave injustiça, em que outros valores constitucionais devem ser considerados e harmonizados, como na hipótese em comento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

8. Tem razão a CEF em relação ao prazo de cinco dias fixados para oferecimento de quesitos, haja vista a complexidade da questão, sendo o caso de se conceder o prazo adicional de 15 dias para apresentação de novos quesitos e manifestação sobre os documentos de fls. 369/547 dos autos originários.

9. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de conceder o prazo adicional de 15 dias para apresentação de novos quesitos e manifestação sobre os documentos de fls. 369/547 dos autos originários, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de junho de 2013.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal, diante da decisão que, em sede de embargos à execução de título judicial, determinou a realização de nova perícia sobre uma área que é objeto de desapropriação por parte do Município de São Paulo.

Relata que os autos originários dizem respeito à execução definitiva promovida pela CEF, com o objetivo de receber quantia reconhecida como incontroversa pelo Município de São Paulo, em virtude de desapossamento administrativo - desapropriação indireta -, para abertura de vias e logradouros públicos, de parte de imóvel do qual a ora agravante era proprietária de 70%, atualmente conhecido como “Parque do Povo”, localizado na confluência da

atual Marginal Pinheiros com a Avenida Presidente Juscelino Kubitschek.

Informa que o direito à indenização foi reconhecido por decisão judicial transitada em julgado em 1995, nos autos do processo nº 0018181-53.2006.403.6100, e que o recorrido opôs embargos do devedor contra a execução “para alegar, como ponto central, a necessidade de se reduzir o valor da indenização com base em suposta incorreção dos critérios utilizados pelo perito judicial designado na ação desapropriatória”.

Alega que a decisão agravada viola a coisa julgada, com base, precipuamente, nos seguintes argumentos:

a) a “insurgência do Recorrido contra a execução com base na teoria da relativização da coisa julgada é manifestamente incabível, porque não se trata de fixação abusiva de valor indenizatório”;

b) o “valor alcançado decorre, em maior parte, de juros moratórios em virtude de o Recorrido quedar-se inadimplente por mais de 17 anos desde o trânsito em julgado e para além de 30 anos desde o desapossamento administrativo”;

c) “trata-se de imóvel localizado em região altamente valorizada da cidade de São Paulo/SP”;

d) “... *no caso dos autos não há divergência sobre a área desapropriada que sempre foi considerada como sendo 65.449,41 m² conforme indicado no item 2.8.10 do laudo originalmente elaborado na desapropriação. Em nenhuma das manifestações que o Recorrido apresentou nos autos para requerer a elaboração de nova perícia (como fls. 02/29, 256/260 e 326/340), aponta-se eventual divergência da área do imóvel que, para os autos, de fato não existe. A área o imóvel desapropriado NÃO foi objeto de controvérsia entre as partes nos embargos*”;

e) “Toda a teoria em que supostamente se fundamenta o Recorrido e os julgados que maliciosamente trouxa aos autos, embora absolutamente impertinentes, são, nesse ponto, irrelevantes para se identificar a necessidade de novo trabalho pericial para apurar o valor da indenização”;

f) a inadequação dos embargos para alegar a relativização da coisa julgada, de modo que o embargado deveria ter ajuizado uma ação rescisória para a desconstituição da decisão transitada em julgado;

g) “O método e o procedimento de que se valeram o Perito na desapropriação foram os únicos disponíveis para que se pudesse realizar uma avaliação idônea e mais próxima do efetivo valor de mercado”;

h) equívoco por parte do Município de que duas áreas teriam sido computadas no valor da indenização mas que, depois, teriam sido devolvidas à Caixa/INSS por força do acordo celebrado no processo de desapropriação;

i) cerceamento de defesa e violação ao contraditório e ao devido processo legal, praticados pela decisão recorrida ao conceder o prazo exíguo de 5 dias para elaboração de quesitos em caso de alta complexidade e elevada expressão econômica, devendo ser concedido novo prazo adicional de 15 dias para apresentação de novos quesitos e manifestação sobre os documentos de fls. 369/547 dos autos originários, resguardando-se a possibilidade de indicar quesitos complementares e de requerer esclarecimentos;

j) seja condicionada a realização de perícia no processo originário apenas se for depositada a parte reconhecida como incontroversa na execução.

À fl. 647, o pedido de antecipação da tutela foi postergado para após a vinda da contraminuta.

Informações do Juízo *a quo* às fls. 653/654.

Contraminuta do Município de São Paulo às fls. 655/700, em que se são aduzidos, em suma, os seguintes argumentos:

a) parte da área indenizada foi devolvida à exeqüente, em razão do encerramento de direito de superfície que antes havia sido outorgado em favor do Município, “o que permite concluir que parte da área indenizada na expropriatória não se encontra sob a posse do Município, mas sim sob o domínio pleno e posse da exeqüente”;

b) “... o laudo pericial é eivado de *erro conceitual extremamente grave*: a avaliação pelo Método Comparativo Direto. Isso porque, através desse método, o valor unitário do terreno reflete *valor de lote*, área pequena, e o imóvel avaliado tratava-se de *gleba*, com área de 237.665,00 m²”;

c) a possibilidade da relativização da coisa julgada no caso, não se afigurando viável a exigência de valor indenizatório extremamente lesivo ao patrimônio público e à coletividade.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 893/896, opinou pelo conhecimento do agravo na forma instrumental e, no mérito, pelo seu provimento parcial, tão somente para renovar e ampliar o prazo para oferecimento de quesitos, devendo, no mais, ser desprovido.

Manifestação da CEF às fls. 897/904, em que reitera o pedido de antecipação da tutela. É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Sob a alegação de que a realização de nova perícia, agora em sede de embargos à execução de título judicial, viola a coisa julgada, porquanto já decidido o valor da indenização da área expropriada em demanda de desapropriação indireta, em que várias foram as oportunidades processuais para contestação do laudo pericial lá realizado, a Caixa Econômica Federal requer a concessão de efeito suspensivo à decisão agravada.

Segundo o Município de São Paulo, a determinação de nova perícia sobre o imóvel desapropriado se faz necessária, em suma, por conta de dois fundamentos: - parte da área a ser indenizada foi devolvida à exeqüente em razão do encerramento do direito de superfície anteriormente outorgado em favor do Município, não podendo ser incluída, portanto, no valor da indenização devida; - a existência de “graves equívocos técnicos” no laudo pericial acolhido.

A produção da prova foi deferida pelo juízo *a quo* com amparo, em síntese, nos seguintes argumentos:

Embora não se possa, antes da elaboração do novo laudo, reconhecer a existência de equívocos nos critérios utilizados pelo laudo pericial para avaliação do bem - e reconhecidos como válidos para sentença que transitou em julgado - forçoso reconhecer que para a análise da procedência ou não da tese da relativização da coisa julgada faz-se necessária a realização de nova perícia também para que se verifique se o método utilizado pelo perito para o cálculo da indenização é o mais adequado para a hipótese dos autos, principalmente porque o valor atual da indenização (compreendidos obviamente a correção e os juros legais) alcança quase 2 bilhões de reais ... Segundo a Municipalidade, “isso indica que o precatório que se pretende ver expedido será o recordista e superará a soma de todos, da mesma categoria, expedidos nos últimos 10 anos ...” (fls. 339).

O valor da indenização devida pelo Município de São Paulo à CEF e ao INSS é, pois, bastante elevado e justifica a realização de novo laudo diante da possibilidade de equívocos no primeiro laudo, cujos valores foram adotados pela sentença transitada em julgado.

Releva salientar, ainda, que da leitura do laudo pericial elaborado (cópia a fls. 419/442 destes autos) e do trabalho elaborado por técnicos da Prefeitura de São Paulo três questões, pelo menos, suscitam indagações que precisam ser melhor explicitadas, quais sejam: *avaliação da área como zona de incorporação sem a reserva da área de 40% conforme exigência da Lei de parcelamento do solo (Lei 6766/79); avaliação das áreas ocupadas como lotes com valorização por esquina; eventual valorização da área por conta das obras viárias executadas pelo Município, considerando que o laudo foi elaborado em outubro de 1987 e o apossamento administrativo deu-se em julho de 1973 ...*

Essas questões - e outras correlatas - devem ser consideradas para a fixação de um valor justo no processo indenizatório e para que seja decidido pela Justiça se a hipótese vertente comporta ou não a relativização da coisa julgada em atenção a esses outros dois princípios constitucionais (da moralidade administrativa e da justa indenização).

Enfim, superado o biênio para a propositura da ação rescisória e não se afigurando cabíveis, no caso concreto, os demais instrumentos legais de revisão da coisa julgada, previstos nos artigos 741, inciso I, 475-L, inciso I, 475-L, parágrafo 1º, e 741, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil, impende perquirir acerca da possibilidade de se reabrir a discussão sobre a indenização, em sede de execução de título judicial, devida pelo Município de São Paulo em favor da Caixa Econômica Federal, com base na teoria da relativização da coisa julgada.

Deveras, a coisa julgada é instituto erigido pela Constituição Federal como garantia fundamental (artigo 5º, inciso XXXVI), sendo o seu abrandamento excepcionalmente admitido pelo sistema jurídico brasileiro em hipóteses expressamente definidas em lei.

Conquanto o processo deva buscar a solução definitiva da lide, em homenagem aos postulados da garantia da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, razões de interesse público podem legitimar a adoção de medidas restritivas, quando confrontado o princípio com outros valores constitucionais igualmente protegidos, tendo em vista que nenhum direito ou garantia fundamental previsto na Lei Maior se reveste de caráter absoluto.

Vale dizer, na colisão entre direitos ou garantias fundamentais, não havendo que se falar em supressão de um valor por outro, ante a inexistência de hierarquia, consoante o ensinamento de Alexandre de Moraes, "... o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua" (*Direito Constitucional*. 27ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 36).

Em se tratando de intervenção do Estado na propriedade, o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal estabelece que a desapropriação deve atender ao pagamento da justa e prévia indenização, preceito fundamental que, embora vise precipuamente a proteger o expropriado de uma possível lesão ao patrimônio, também constitui parâmetro para impedir a fixação em montante excessivamente superior ao valor real do imóvel, sob pena de proporcionar o enriquecimento sem causa.

In casu, como ressaltado pelo *Parquet* Federal em seu parecer, os valores estimados da indenização a ser paga pela Prefeitura de São Paulo, no montante de dois bilhões de reais, "são eloqüente argumento no sentido de que nenhuma dúvida pode remanescer sobre a regulari-

dade de tal pagamento”. De fato, malgrado se possa cogitar, em tese, de eventual inércia ou desídia do ente político na discussão da indenização no processo de desapropriação, não se pode ignorar que o valor executado é quantia de grande monta que ultrapassa os limites da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, além de não se coadunar com o ordenamento jurídico, legitimando, num juízo de ponderação entre os valores constitucionais discutidos, a realização de nova perícia no imóvel, com os devidos apontamentos sobre as questões apresentadas pelo município.

É importante frisar que o deslinde aqui conferido não deve constituir a regra, impondo-se a tese da relativização da coisa julgada apenas em situações extremadas, de grave injustiça, em que outros valores constitucionais devem ser considerados e harmonizados, como na hipótese em comento.

O Superior Tribunal de Justiça tem precedente a respeito da teoria da relativização da coisa julgada, como demonstra o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. 1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão. 2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. 3. “A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. “O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25) 4. “A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Coisa Julgada Inconstitucional”? Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65) 5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos. 6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia

técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos. 7. Recurso especial desprovido.

(RESP 200400112359, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 20/09/2007 PG: 00221 RDDP VOL.: 00057 PG: 00130 DTPB)

Na mesma esteira de entendimento, cito julgado da Quinta Turma desta Corte:

AGRAVO LEGAL - ARTIGO 557, PARÁGRAFO 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INDISPENSABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA, QUE JULGOU O RECURSO. DECISÃO AGRAVADA DE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, QUE SE AJUSTA AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ) - RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. A admissibilidade do agravo legal depende da demonstração ab initio da desconformidade da decisão terminativa com a disciplina do art. 557 do Código de Processo Civil Brasileiro. (AgRg no REsp nº 545307/BA, 1ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 30/08/2004, pág. 254). (REsp nº 548732/PE, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 22/03/2004, pág. 238).

2. A decisão impugnada por meio deste recurso ajusta-se ao entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os honorários advocatícios, quando fixados em valores exorbitantes ou ínfimos, devem ser, na medida do possível adequados ao caso concreto.

3. Para justificar a interposição deste recurso, os recorrentes trouxeram à colação diversos acórdãos lavrados pelo E. Superior Tribunal de Justiça que não refletem a melhor postura frente ao caso ora apresentado.

4. Nesse passo: “O julgamento monocrático do recurso 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 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)”: cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança - 251103 - Processo: 2001.61.18.000951-0 - UF: SP - Órgão Julgador: Segunda Turma - Data do Julgamento: 04/08/2009 - Fonte: DJF3 CJ1 data: 20/08/2009 página: 153 - Relator: Desembargador Federal Henrique Herkenhoff.

5. Para justificar a interposição deste recurso, os recorrentes trouxeram à colação diversos acórdãos lavrados pelo E. Superior Tribunal de Justiça que, no nosso entender, não refletem a melhor postura frente ao caso ora apresentado.

6. Quanto à tese de relativização da coisa julgada, impende ressaltar que a insatisfação da recorrente com o valor dos honorários advocatícios não pode sobrepor-se, ainda que apoiada firmemente na coisa julgada, sobre os demais ditames do direito envolvidos no caso, entre eles os princípios da proporcionalidade e razoabilidade aqui esposados para o julgamento ora efetuado.

7. Recurso improvido. Decisão agravada mantida.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AC 0037051-54.2003.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, julgado em 05/11/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/11/2012)

Quanto ao condicionamento da realização da perícia no processo originário mediante o depósito da parte reconhecida como incontroversa na execução, não se sustenta, cabendo ressaltar que a questão é objeto do agravo de instrumento de registro nº 0008651-16.2011.4.03.0000,

de minha relatoria, recurso no qual foi concedida a antecipação de tutela, a fim de sustar a expedição de ofício precatório em relação a valor alegadamente incontroverso.

Tem razão a CEF, contudo, em relação ao prazo de cinco dias fixados para oferecimento de quesitos, haja vista a complexidade da questão, sendo o caso de se conceder o prazo adicional de 15 dias para apresentação de novos quesitos e manifestação sobre os documentos de fls. 369/547 dos autos originários.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, a fim de conceder o prazo adicional de 15 dias para apresentação de novos quesitos e manifestação sobre os documentos de fls. 369/547 dos autos originários.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA**0010670-24.2013.4.03.0000****(2013.03.00.010670-0)**

Agravante: EDSON DOS SANTOS PIRES

Agravado: DESEMBARGADOR FEDERAL CORREGEDOR REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ALEXANDRE EDUARDO DE PAULA TAVARES, ANDRE FERNANDO DE PAULA TAVARES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Classe do Processo: MS 344810

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/11/2013

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA INDEFERIDO. CORREIÇÃO PARCIAL NÃO CONHECIDA. NÃO CONFIGURADO ATO ILEGAL, ABUSIVO OU TERATOLÓGICO A JUSTIFICAR A IMPETRAÇÃO.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do e. Desembargador Federal Corregedor-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, o qual não conheceu de correção parcial, requerida no processo originário sob nº 0000772-52.2006.4.03.6104 - 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP, por entendê-la incabível, na hipótese de *error in judicando*.

2. Tem sido admitida a impetração de mandado de segurança para impugnar ato judicial quando se tratar de decisão teratológica, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, passível de ocasionar dano irreparável ou de difícil reparação. *In casu*, não se encontra caracterizada hipótese para a sua utilização. A decisão exarada pelo e. Desembargador Federal Corregedor-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, tido como autoridade coatora, encontra-se devidamente fundamentada e não pode ser qualificada de teratológica ou abusiva.

3. A correção parcial constitui medida especialíssima, somente aplicável para ordenar a administração do processo, de modo a afastar eventual inversão tumultuária ocasionada pela ação, omissão ou erro do juiz da causa. Daí seu caráter de medida administrativa ou disciplinar, voltada à correção do ato que desordenou a ordem procedimental. É direcionada às hipóteses de *error in procedendo*, ocorridas principalmente no âmbito do processo penal. Na espécie, caracterizado *error in judicando*, não se há falar na possibilidade de utilização da correção parcial, como pretende o impetrante.

4. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do

presente julgado.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de agravo interposto por EDSON DOS SANTOS PIRES contra a decisão singular que indeferiu inicial e julgou extinto sem exame do mérito, com fundamento no art. 10, “caput”, da Lei nº 12.016/2009, c.c. o art. 295, III e o art. 267, VI, ambos do CPC e, o art. 33, XIII, do Regimento Interno desta Corte o presente mandado de segurança, impetrado contra ato do e. Desembargador Federal Corregedor-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, o qual não conheceu de correção parcial, requerida no processo originário sob nº 0000772-52.2006.4.03.6104 - 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP, por entendê-la incabível na hipótese.

Alega o agravante estar sendo processado criminalmente por ter, em tese, violado o disposto no artigo 313-A do Código Penal.

Acrescenta que, na sua defesa, postulou a realização do exame de corpo de delito nos equipamentos de informática por ele utilizados, bem como no *software*, em sua “senha” e no “nome de usuário”, considerando a descrição fática e a qualificação jurídica do delito e, a suposta existência de registro no sistema SIDA (Sistema de Dívida Ativa da União).

Aduz que, diante do indeferimento da prova pleiteada, motivada por sua desnecessidade diante dos elementos probatórios já contidos nos autos, interpôs correção parcial, não conhecida pela autoridade tida como coatora.

Assevera estar configurado *error in procedendo* capaz de ensejar julgamento para o qual não disporá de provas técnicas aptas a demonstrar a improcedência da acusação, sendo, de rigor, o conhecimento e processamento da correção parcial.

Defende, assim, o cabimento da presente impetração, diante da patente vulneração de seu direito líquido e certo.

Postula a reforma da decisão agravada, de modo a ser assegurado o processamento da presente ação, com o deferimento de liminar para o sobrestamento do trâmite da instrução processual, nos autos da respectiva ação penal e, no mérito, o reconhecimento do direito de o impetrante realizar a prova postulada, imprescindível para sua defesa técnica.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, apresento o feito em mesa para pronunciamento deste E. Órgão Especial.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de agravo interposto pelo impetrante contra a decisão singular que indeferiu inicial e julgou extinto sem exame do mérito, com fundamento no art. 10, “caput”, da Lei nº 12.016/2009, c.c. o art. 295, III e o art. 267, VI, ambos do CPC e, o art. 33, XIII, do Regimento Interno desta Corte o presente mandado de segurança, impetrado contra ato do e. Desembargador Federal Corregedor-

Regional da Justiça Federal da 3ª Região, o qual não conheceu de correição parcial, requerida no processo originário sob nº 0000772-52.2006.4.03.6104 - 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP, por entendê-la incabível, na hipótese, a teor do entendimento jurisprudencial manifestado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

A decisão ora impugnada foi proferida nos termos que a seguir transcrevo *in verbis*:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Edson dos Santos Pires, contra ato do e. Desembargador Federal Corregedor-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, o qual, nos termos da decisão cuja cópia encontra-se acostada à fl. 50, não conheceu da correição parcial, requerida no processo originário sob nº 0000772-52.2006.4.03.6104 - 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP, por entendê-la incabível, na hipótese, a teor do entendimento jurisprudencial manifestado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, dos documentos trazidos aos autos, cuidar-se o processo originário acima referido de ação penal oferecida pelo Ministério Público Federal contra o impetrado, visando apurar fatos a ele atribuídos, consistentes na extinção de crédito tributário constituído em face da empresa Antares Transportes Rodoviários Ltda., redundando em prejuízo ao erário.

Com o recurso da correição parcial, pretende o impetrante seja realizado exame de corpo de delito nos equipamentos de informática por ele utilizados, bem como nos registros do sistema “SIDA” (Sistema de Dívida Ativa da União), *software* empregado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, quando ainda servidor daquele Órgão. Da pretendida perícia exsurgiria prova que julga necessária ao deslinde da demanda, mas cuja produção, segundo entende, com afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, foi indeferida pelo juízo *a quo*, cerceando-lhe o direito à dilação probatória.

Destarte, entendendo presentes os pressupostos autorizadores, impetra o presente mandado de segurança, visando assegurar direito que reputa líquido e certo, consubstanciado na concessão de liminar sobrestando o trâmite da instrução processual da demanda originária, até a decisão de mérito e, a final, a concessão da ordem, para determinar a realização da perícia, nos termos em que postulada.

Prestadas as informações às fls. 99/101.

É o relatório.

DECIDO.

O primeiro ponto que se coloca, como prejudicial ao exame do mérito da *quaestio juris*, propriamente dito, é o cabimento do presente mandado de segurança.

Por se tratar de ação com assento constitucional, tem sido admitida a impetração de mandado de segurança para impugnar ato judicial quando se tratar de decisão teratológica, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, passível de ocasionar dano irreparável ou de difícil reparação. *In casu*, não vislumbro hipótese para a sua utilização.

A decisão exarada pelo e. Desembargador Federal Corregedor-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, tido como autoridade coatora, encontra-se devidamente fundamentada e não pode ser qualificada de teratológica ou abusiva.

Com efeito, ao decidir por não conhecer da correição parcial requerida, a i. autoridade coatora analisou as normas legais, além de apoiar-se em entendimento jurisprudencial pertinente, exercendo o seu livre convencimento motivado ao apreciar a matéria posta a deslinde.

Nesse aspecto, reproduzo o v. acórdão que lhe norteou o convencimento, lavrado pela E. Corte Suprema. *Verbis*:

“1. RECURSO CRIMINAL. Desaforamento. Cumprimento de decisão proferida por Tribunal Superior. Recurso em sentido estrito. Não-cabimento. Rejulgamento de questão já solucionada em grau superior. Não é ilegal a decisão que nega seguimento a recurso em sentido estrito interposto contra o cumprimento, pelo juízo de primeiro grau, de decisão emanada de Tribunal Superior.

2. RECURSO CRIMINAL. Correição parcial. Indeferimento de perícias requeridas pela defesa.

Não-cabimento. Recurso em *habeas corpus* a que se nega provimento. A correção parcial é medida tendente a reparar vício de procedimento (*error in procedendo*), sendo incabível a sua interposição para impugnar as razões jurídicas da decisão judicial (*error in judicando*). (HC 81427/DF - DISTRITO FEDERAL - *HABEAS CORPUS* - Relator: Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 02/02/2010 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação: DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 - EMENT VOL-02395-02 PP-00497)

A propósito, o Órgão Especial deste E. Tribunal já firmou entendimento no sentido que descabida a impetração de mandado de segurança como na presente hipótese, em face de indevida substituição do Juízo natural. Destaco decisão proferida pela e. Des. Fed. RAMZA TARTUCE, Relatora do MS 252055, cuja ementa a seguir transcrevo:

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC PEÇAS NÃO AUTENTICADAS - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. O uso do mandado de segurança contra ato judicial é restrito às hipóteses de ilegalidade, abuso de poder, ou, por construção pretoriana, de decisões teratológicas, hipóteses que não se evidenciam nestes autos.

2. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

3. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

4. Agravo improvido.” (MS 252055; Reg. 2003.03.00.054580-5, DJU 28/11/2003)

E, mais recentemente, já sob a égide da nova lei do Mandado de Segurança:

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONVERTEU EM RETIDO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI Nº 11.187/2005. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL.

- Um exame da Lei nº 11.187/05 revela que o legislador se preocupou em aliviar a carga dos tribunais, pois fixou a regra do agravo retido (artigo 523, § 3º, e artigo 527, inciso II, CPC), assim protraindo sua apreciação para o futuro, à exceção das poucas hipóteses que prevê (lesão grave e de difícil reparação, inadmissão de apelação e efeitos desta). Da mesma forma, afastou a recorribilidade, no âmbito dos tribunais, quando houver conversão do agravo de instrumento em agravo retido e nas hipóteses em que é deferido ou indeferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Em consequência, abrir-se a via do mandado de segurança nas situações referidas é tornar ineficaz o objetivo da alteração legislativa.

- As alterações legislativas são lógicas e sistemáticas. Os institutos da liminar e da tutela antecipada propiciam ao julgador, em caráter provisório, resolver questões incidentes no curso do processo em que haja a alegação do ‘periculum in mora’. Negadas ou deferidas em 1ª instância, o agravo de instrumento possibilita aos tribunais a revisão do pronunciamento do grau de jurisdição *a quo*, assim como, sempre em vista do fator urgência, o próprio relator estará autorizado a conceder ou não efeito suspensivo recursal, ou ainda, na ausência de lesividade, converter em retido o recurso, o que o faz em nome da turma de que é integrante, até que, no momento oportuno, a esta seja dado o conhecimento do recurso.

- Não se pode confundir a irresignação das partes, que pode nunca ser satisfeita, com uma indefinida multiplicação de meios ou instrumentos para reverter as decisões judiciais provisórias. Hoje, o sistema processual brasileiro dá aos litigantes, em caso de alegação de lesão grave e de difícil reparação, instrumentos específicos. Porém, ao se os esgotarem, não se pode ainda invocar o remédio constitucional do *mandamus*.

- A função do Poder Judiciário é, basicamente, reconhecer ou não um direito postulado pela parte. Em sede de cognição sumária, ele o faz pelos instrumentos mencionados anteriormente. Afigura-se um sofisma entender que o julgador viole direito líquido e certo quando ele, no exercício da jurisdição, não reconhece direito do postulante. Uma coisa é o direito primário

invocado, outra um pretensão direito líquido e certo derivado de decisão judicial que não reconhece a pretensão da parte.

- Das decisões, provisórias ou definitivas, de primeira instância, cabem recursos que são submetidos às turmas dos tribunais, as quais são o juízo natural. O deslocamento de apreciação delas ou sua revisão para outros órgãos fracionários da corte, como no caso o Órgão Especial, ferem o princípio e a garantia mencionada. O Órgão Especial não é instância revisora das turmas. Precedentes desta corte.

- Há aqueles que aceitam conhecer de mandados de segurança ao argumento de que há decisões teratológicas com as quais não se conseguiria conviver. É preciso enfatizar que a metáfora, além de imprecisa terminologicamente e não jurídica, cria extrema insegurança na prestação jurisdicional. Sem delimitação do que seja uma decisão teratológica, ensina-se o risco de considerá-la toda aquela de cujo conteúdo discorda outro órgão julgador. - De qualquer modo, indubitável que, *in casu*, o ato atacado não é aberrante, absurdo, ilógico ou incoerente.

- O Superior Tribunal de Justiça (RMS 28883, Rel. Min. Benedito Gonçalves) admite o cabimento do *mandamus* contra decisão que converte agravo de instrumento em retido em duas hipóteses: (a) quando houver risco de lesão grave ou de difícil reparação e (b) o ato for eivado de teratologia. Esta última já foi enfrentada anteriormente e já se viu que não está configurada. Quanto ao *periculum in mora*, deflui do aresto que deve ser concretamente verificado no caso específico e não genericamente, como uma possibilidade própria do instituto da tutela antecipada ou simplesmente em razão da natureza alimentar da prestação. O impetrante, *in casu*, está aposentado e percebe seu benefício regularmente, de modo que a tutela perseguida (desaposentação e concessão concomitante de prestação de maior valor) não se apresenta urgente, como reconheceu a autoridade impetrada.

- O devido processo legal, constitucionalmente previsto, compreende também o duplo grau de jurisdição e o direito de recorrer. Nossas leis processuais, no caso em apreço, deram à parte o agravo de instrumento e dentro deste o efeito suspensivo. Assim, não se configura a alegada violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, CF), tampouco se pode deduzir violação de direito líquido e certo, passível de mandado de segurança, quando os recursos possíveis foram utilizados e os pleitos foram denegados, em caráter provisório ou definitivo. - Agravo regimental desprovido”. (Processo: MS 201003000324465 - MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 325857 - Relator: Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL - Data da Decisão: 24/11/2010 - Fonte: DJF3 CJ1 Data: 29/11/2010 - p. 145).

“AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DE RELATOR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO SUSPENDENDO OS EFEITOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU MANIFESTA ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO ESPECIAL ATUAR COMO REVISOR. DECISÃO SUJEITA À REVISÃO DA TURMA JULGADORA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- O Art. 557, III, e parágrafo único, do CPC estabelecem de modo inequívoco que o Órgão competente ao julgamento da questão é, num primeiro momento, o Relator do recurso e, posteriormente, na qualidade de Órgão revisor, a Turma julgadora.

- A intervenção de outro Colegiado, como é o caso do Órgão Especial desta Corte, justifica-se apenas de forma excepcional, em que o ato judicial apresenta-se teratológico ou manifestamente ilegal e, ainda, seja apto a ocasionar grave e iminente risco de dano.

- A autoridade impetrada bem fundamentou sua decisão, extraindo dos autos elementos aptos a firmar sua convicção no sentido adotado, portanto, observando o princípio da livre persuasão racional. O fato de não ter sido adotada a tese da impetrante, cuja pretensão restou desacolhida, não é suficiente para fazer emergir seu direito líquido e certo à ordem pleiteada. Agravo desprovido”. (MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 335502 - Processo: 0001109-10.2012.4.03.0000 - UF: SP - Órgão Julgador: ORGÃO ESPECIAL - Data do Julgamento: 11/04/2012 - Fonte: TRF3 CJ1 DATA: 19/04/2012 - Relator: Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA).

Ainda que não se possa concordar com a decisão proferida, não é o mandado de segurança o instrumento processual adequado a se obter a revisão ou a modificação do que foi decidido. O inconformismo ora manifestado pelo impetrante, à falta de recurso próprio a manejar, deveria ter sido veiculado, pela via do *mandamus*, contra a decisão do juízo *a quo*, a qual indeferiu a produção da prova requerida. Manifestado nesta oportunidade, exsurge o remédio constitucional como sucedâneo daquele, que a tempo e modo não foi aparelhado, o que não pode ser admitido.

Ademais, a decisão impetrada não inflige ao impetrante dano irreparável ou de difícil reparação. Guilherme de Souza Nucci, em seu “Código de Processo Penal Comentado” (6ª ed. rev., atualiz., e ampl.; 2ª tiragem; São Paulo - Editora RT - Revista dos Tribunais), ao comentar o art. 399 do CPP, na nota 24 (p. 670), acentua:

“Requerimento de diligências: não somente testemunhas podem ser arroladas na denúncia ou queixa e na defesa prévia, mas outros requerimentos de produção de provas podem ser oferecidos, como a realização de perícia, requisição de documentos, expedição de mandado de busca e de apreensão, entre outras. Isso não significa que somente nesse momento processual podem as partes fazê-lo. A qualquer instante, surgindo o interesse, pode ser pleiteada a realização de outra prova. Até mesmo a testemunhal, durante a instrução, pode ser proposta, como inquirição determinada pelo juízo, caso o nome de alguém apareça, após o momento legal para ser arrolado. É o cumprimento da busca da verdade real”.

Destarte, patente o não cabimento da impetração, não merece a ação prosperar.

Ante o exposto, indefiro a inicial e julgo extinto o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 10, “caput”, da Lei nº 12.016/2009, c.c. o art. 295, III e o art. 267, VI, ambos do CPC e, o art. 33, XIII, do Regimento Interno desta Corte.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão à r. autoridade impetrada.

Oficie-se e intime-se.

Impõe-se a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Não obstante sua previsão legal, bastante controvertida a questão relativa ao âmbito de aplicação da Correição Parcial.

O e. Ministro Ruy Rosado de Aguiar ao proferir decisão no Recurso em Mandado de Segurança nº 5272-9 - ES (DJ 12/06/95), assim manifestou-se sobre a aplicabilidade da correição parcial *verbis*:

[...] É remédio subsidiário, somente autorizado para os casos em que não haja recurso previsto em lei, e permitido àqueles que sofrem as conseqüências da irregularidade ocorrida no procedimento, isto é, às partes e ao Ministério Público, este como órgão fiscal da lei.

Cuida-se, pois, de medida especialíssima, somente aplicável para ordenar a administração do processo, de modo a afastar eventual inversão tumultuária ocasionada pela ação, omissão ou erro do juiz da causa. Daí seu caráter de medida administrativa ou disciplinar, voltada à correção do ato que desordenou a ordem procedimental.

Do que se depreende, a correição parcial é direcionada às hipóteses de *error in procedendo*, ocorridas principalmente no âmbito do processo penal.

Nesse tocante, a lição do i. doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho, a seguir delineada, *in verbis*:

1. Não havendo recurso previsto em lei, os despachos dos juízes que, por erro ou abuso, implicarem inversão tumultuária do processo, comportam correição parcial.[...].

2. A correção parcial não é medida para combater *error in judicando*, e sim aqueles despachos de juízes que, por erro ou abuso, constituírem em inversão tumultuária do processo, vale dizer, *error in procedendo*.

(*Processo Penal*, Volume IV, p. 457, São Paulo, Saraiva, 1997)

Na espécie, caracterizado *error in judicando*, não se há falar na possibilidade de utilização da correção parcial, como pretende o impetrante.

Por conseguinte, o ato apontado como coator não se caracteriza como ilegal, abusivo ou teratológico a justificar a presente impetração.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0039361-58.2012.4.03.9999
(2012.03.99.039361-6)

Apelantes: FENWAY AVIATION LLC E MARCELO KALIM
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 51253
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/10/2013

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. “OPERAÇÃO POUSO FORÇADO”. SEQUESTRO DE AERONAVES NOS AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. CRIME DE DESCAMINHO. ENTRADA DE AVIÕES NO TERRITÓRIO NACIONAL COM ÂNIMO DE PERMANÊNCIA SEM O PAGAMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS. ULTRAPASSADO O PRAZO DE INGRESSO TEMPORÁRIO PREVISTO NO DECRETO Nº 94.464/89. NOMEAÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIO A FIM DE EVITAR A DETERIORAÇÃO DO BEM. FIXAÇÃO DE CAUÇÃO MEDIANTE FIANÇA BANCÁRIA.

1 - A presente medida de sequestro encontra-se amparada pelo art. 3º do Decreto-lei nº 3.240/41, na medida em que objetiva assegurar a eficácia de investigação circumscrita ao crime de descaminho por meio do qual se tutela a Administração Pública.

2 - Para decretação do sequestro de bens, basta a existência de indícios veementes da responsabilidade e a indicação dos bens objeto dessa medida restritiva, sendo desinfluyente para tal fim a comprovação de sua aquisição com proventos da infração penal. Daí se infere que o sequestro de bens previsto na legislação especial confere maior amplitude que a medida regulamentada no Código de Processo Penal, alcançando qualquer bem do patrimônio do investigado por crime de que resulte prejuízo à Fazenda Pública.

3 - Os fatos narrados no curso do inquérito policial apontam para existência de negócios jurídicos simulados com o fim de suprimir tributos no processo de nacionalização de aeronaves.

4 - O Juízo de origem, ao analisar os fatos, consignou que a entrada dos aviões em território nacional, com ânimo de permanência e sem a adoção do regular procedimento fiscal e do pagamento dos tributos devidos caracteriza, em tese, a prática do delito previsto no art. 334 do Código Penal, autorizando o sequestro dos bens indicados pela autoridade policial e Ministério Público Federal.

5 - Tratando-se de crime formal, o crime de descaminho se consuma com a introdução da mercadoria em território nacional sem o pagamento dos tributos, sendo prescindível o prévio esgotamento da via administrativa com o fim de apurar o *quantum* devido. Note-se que o procedimento administrativo em curso visa à aplicação da pena de perdimento das mercadorias, nos termos do Decreto-lei nº 1.455/76, não havendo que se falar em constituição de crédito tributário, conforme entendimento da Primeira Turma.

6 - Na hipótese, ultrapassado o prazo de ingresso temporário da aeronave em território

nacional previsto Decreto 94.464/89 - 60 dias - sem qualquer pedido de prorrogação ou de sua regular internação, consuma-se o delito, independentemente da constituição do crédito tributário decorrente da supressão indevida dos tributos devidos.

7 - A fim de evitar a deterioração do bem de alto valor agregado, que depende de complexa manutenção, impondo-se, inclusive, a necessidade de voos frequentes, fica nomeado como novo fiel depositário da aeronave N450FK o recorrente MARCELO KALIM, que poderá utilizá-la enquanto perdurarem as investigações, incumbindo-lhe também a obrigação de zelar por sua conservação, manutenção e limpeza, de forma a evitar sua indevida deterioração até o desfecho da eventual ação penal.

8 - Para salvaguardar a eficácia da medida de sequestro, já que o bem é de fácil deslocamento, podendo, inclusive, ultrapassar as fronteiras do território a qualquer momento e não mais retornar, é indispensável a fixação de caução prestada mediante fiança bancária no valor de mercado da aeronave apreendida.

9 - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação, unicamente para nomear o apelante MARCELO KALIM como novo fiel depositário da aeronave N450FK, autorizando sua utilização enquanto perdurarem as investigações, mediante a fixação de caução prestada mediante fiança bancária vigente por tempo indeterminado, no valor de mercado da aeronave apreendida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de outubro de 2013.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de apelação criminal interposta por FENWAY AVIATION LLC e MARCELO KALIM em face de decisão proferida pela 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP que, nos autos do inquérito nº 0004923-06.2012.4.03.6119, decretou o sequestro das aeronaves prefixos VP-CAV, N332MM, N450FK, N909TT, N955SL, N322FA, N769CC, N450JR, N818LK, N947GA e N883RW e determinou a busca e apreensão dos pertences e documentos encontrados no seu interior dessas aeronaves e nos locais onde elas foram localizadas, desde que tenham pertinência com as investigações ou com negócios jurídicos investigados ou com outras aeronaves estrangeiras com trânsito no país.

Também foi deferida a medida de busca e apreensão na empresa CFLY CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL LTDA, com o fim de apreender documentos relacionados com a introdução e permanência das aeronaves acima mencionadas ou de outras aeronaves estrangeiras no país, bem como computadores e mídias de armazenamento de dados que possam ter relação com a conduta investigada.

Narram os apelantes, em síntese, que *notitia criminis* foi encaminhada pela Receita Federal do Brasil para apuração simultânea de infração administrativa tendente à aplicação

de pena de perdimento, objetivando apurar suposto ingresso de aeronaves privadas em território nacional para uso no país sem a adoção do regular procedimento fiscal. Tais fatos foram enquadrados pela autoridade policial nos delitos previsto nos artigos 299 e 334, ambos do Código Penal.

A partir daí, a autoridade policial postulou pela expedição de mandados de busca e apreensão dos bens investigados. Após a manifestação favorável do Ministério Público Federal, o Juízo de origem deferiu parcialmente o pedido para determinar o sequestro das aeronaves e a busca e apreensão dos pertences e documentos nela encontrados e nos locais em que foram apreendidas.

Em face disso, alegam os recorrentes a ilegalidade do sequestro, diante da ausência de fundamentação idônea, eis que a decisão recorrida não apontou a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, nos termos do art. 125 do Código de Processo Penal, nem a infração penal anterior capaz de sujeitá-los à medida de sequestro.

Ressaltam também ser cristalina a ausência desses indícios, uma vez que o sequestro foi decretado no início da persecução penal, afigurando-se inviável a coleta de dados capazes de amparar a decretação de medida tão gravosa ao direito de propriedade dos apelantes.

Continuam salientando que, ainda que as investigações estivessem concluídas, não seria possível a decretação da constrição em tela, já que esses bens seriam o objeto do suposto crime e não do proveito econômico dele decorrente.

Em relação ao *periculum in mora*, destacam a inexistência de indícios que pudessem ensejar a dilapidação do patrimônio ou sua ocultação, sendo inviável, também por esse motivo, o sequestro dos bens, além da falta de comprovação da materialidade delitiva.

A seguir, ponderam que a pessoa jurídica, proprietária da aeronave, não é parte na relação processual penal, motivo pelo qual não pode responder com seu patrimônio por condutas imputadas aos seus sócios.

Por fim, sustentam que os bens encontram-se sujeitos à deterioração se continuarem em solo por tempo indeterminado, diante da necessidade técnica de voos frequentes, sob pena de torná-los economicamente inúteis.

Portanto, pleiteiam o levantamento da medida constritiva imposta pelo juízo de origem. Contrarrazões do Ministério Público Federal a fls. 506/520.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 523/529).

A fls. 531/563 consta petição e parecer apresentados pela apelante.

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): A medida de sequestro ostenta natureza cautelar destinada a assegurar a indisponibilidade dos bens adquiridos pelo indiciado com o proveito econômico advindo da infração penal, protegendo a eficácia dos efeitos civis da sentença penal condenatória, a saber: a) reparação do dano causado pelo delito; b) perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido

pelo agente com a prática do fato criminoso.

Regulamentando essa medida constitutiva no âmbito penal, assim dispõe o art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal:

Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Art. 128. Realizado o seqüestro, o juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis.

Art. 129. O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

Desse modo, a medida em tela deve necessariamente recair sobre os proventos do crime, evitando-se que o indiciado usufrua de patrimônio adquirido ilicitamente.

Entretanto, não basta que o bem tenha origem ilícita, sendo igualmente indispensável a necessária correlação entre o objeto da persecução penal e o bem sequestrado. Trata-se do requisito da referibilidade, diante da acessoriedade inerente às medidas cautelares, eis que busca assegurar a utilidade e eficácia da ação principal.

In casu, a Receita Federal do Brasil expediu ofício ao Delegado da Polícia Federal em Guarulhos, encaminhando peça de informações nº 1.34.006.000151/2012-16, dando conta do ingresso de aeronaves privadas em território nacional para uso no país sem a adoção do regular procedimento fiscal e do pagamento dos tributos devidos.

Consta do inquérito policial que, para conferir ares de licitude, o esquema consistia na compra das aeronaves nos Estados Unidos da América por empresas estrangeiras de responsabilidade limitada constituída para esse fim pela verdadeira adquirente desses bens, de forma a obter o registro naquela localidade.

O Ordenamento jurídico daquele país impõe a permanência da aeronave por pelo menos 60% do período em solo americano, motivo pelo qual a empresa supostamente proprietária dos aviões firma um contrato de *trust* com instituição financeira norte-americana, de modo que o Banco passaria a figurar como proprietário do bem e a empresa ostentaria unicamente os direitos de uso e gozo, permitindo-se o não cumprimento dessa exigência legal.

Após essa manobra legal no território de origem, a aeronave era introduzida em território brasileiro por meio do termo de admissão temporária, regulado pelo Decreto nº 97.464/89, permitindo o ingresso da aeronave pelo prazo de 60 dias, suspendendo-se a totalidade dos tributos porventura devidos pela entrada da mercadoria em território nacional.

Quando o período de permissão está findando, a aeronave realiza uma pequena viagem ao exterior, habitualmente para um país fronteiriço ou destino turístico, retornando ao território nacional para solicitar nova admissão temporária.

Desse modo, a aeronave permanece a maior parte do tempo no país, com *animus* definitivo e no interesse de empresas brasileiras, porém, sem iniciar o regular procedimento de nacionalização do bem com o pagamento dos tributos correspondentes.

Com supedâneo nessas informações, a autoridade policial instaurou inquérito policial, denominada “Operação Pouso Forçado”, para apurar a eventual prática dos delitos tipificados nos artigos 299 e 334, ambos do Código Penal, representando, incontinenti, pela concessão de

mandados de busca e apreensão das aeronaves prefixos VPCAV, N332MM, N450FK, N909TT, N955SL, N322FA, N769CC, N450JR, N818LK, N947GA e N883RW, bem como pela busca e apreensão na residência de FRANCISCO DE ASSIS SOUZA CAMPOS LYRA e no escritório da sociedade empresária CFLY CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL LTDA., objetivando apreender documentos e mídias eletrônicas relacionados com a introdução e permanência dessas aeronaves em território nacional.

Também postulou pela condução coercitiva de FRANCISCO DE ASSIS SOUZA CAMPOS LYRA para ser ouvido nas dependências da Polícia Federal sobre os fatos investigados.

A despeito do requerimento de busca e apreensão das aeronaves, o Juízo de origem decretou o sequestro desses bens e deferiu o pedido de busca e apreensão dos objetos encontrados em seu interior nos locais em que forem encontrados, desde que tenham pertinência com as investigações, com negócios jurídicos simulados ou com outras aeronaves estrangeiras com trânsito no país.

Também determinou a busca e apreensão na sociedade empresária CFLY CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL LTDA. com o fim de apreender documentos, computadores e mídias eletrônicas relacionados com os fatos delituosos investigados.

De fato, à luz do Código de Processo Penal, a medida constritiva de sequestro não se sustenta, uma vez que decisão recorrida não demonstrou que as aeronaves provêm de ilícitos penais (art. 126, CPP).

A rigor, esses bens caracterizam-se como objeto material do suposto delito, eis que adquiridos antes da conduta e para consumá-la a partir da simulação de negócios jurídicos com o fim de suprimir o pagamento de tributos porventura após a nacionalização da mercadoria através do regular procedimento fiscal.

Em situações análogas, assim se manifesta a Primeira Seção desta Corte, conforme precedente a seguir transcrito:

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL CONSUBSTANCIADO NO SEQUESTRO DE BENS DE RÉUS DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CABIMENTO. DECISÃO GENÉRICA. NULIDADE. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - O mandado de segurança constitui ação adequada para a impugnação de ato judicial que decreta o seqüestro de bens em matéria criminal. Precedentes.

II - A decisão que determinou a constrição dos bens dos impetrantes não aponta quais os indícios concretos no sentido de que o patrimônio fora adquirido com dinheiro proveniente de atividade ilícita, limitando-se a supor que a aquisição decorreria da prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

III - A simples presença de elementos autorizadores do recebimento da denúncia (prova da materialidade e indícios de autoria), na ausência de previsão legal específica, tal como ocorre nos crimes contra a ordem tributária, em que a conduta delituosa resulta em prejuízo para a Fazenda Pública (Decreto Lei nº 3.240/41), não serve de exclusiva motivação para o deferimento da medida cautelar de seqüestro, havendo previsão específica, nos artigos 125 e 126 do Código de Processo Penal, no sentido de que os bens seqüestrados tenham sido adquiridos com os proventos da infração, não havendo qualquer apontamento concreto nesse sentido, o que evidencia a nulidade do ato judicial por falta de motivação.

IV - Alegação de descabimento da impetração rejeitada. No mérito, segurança parcialmente concedida para cassar a decisão que determinou o seqüestro dos bens dos impetrantes, ressaltando-se a possibilidade de nova decretação devidamente motivada.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, MS 0093622-70.2007.4.03.0000, Rel. DESEMBARGA-

DOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 07/02/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/02/2013)

No entanto, a presente medida de sequestro encontra-se amparada por outra norma legal, na medida em que objetiva assegurar a eficácia de investigação circunscrita ao crime de descaminho por meio do qual se tutela a Administração Pública.

Em face disso, deve incidir o Decreto-Lei nº 3.240/41, que regulamenta o tema no âmbito dos delitos cujos resultados causem prejuízo a Fazenda Pública, por ser norma especial, sobrepujando-se às regras gerais do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 3º do referido diploma legal:

Art. 3º Para a decretação do sequestro é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação dos bens que devam ser objeto da medida.

Portanto, para decretação do sequestro de bens, basta a existência de indícios veementes da responsabilidade e a indicação dos bens objeto dessa medida restritiva, sendo desinfluyente para tal fim a comprovação de sua aquisição com proventos da infração penal.

Daí se infere que o sequestro de bens previsto na legislação especial confere maior amplitude que a medida regulamentada no Código de Processo Penal, alcançando qualquer bem do patrimônio do investigado por crime de que resulte prejuízo à Fazenda Pública.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO LEI Nº 3.240/41. LEGALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA.

1. A apelação devolve à instância recursal originária o conhecimento de toda a matéria impugnada, embora não tenha sido objeto de julgamento, não ficando o magistrado adstrito aos fundamentos deduzidos no recurso.
2. Não ofende a regra *tantum devolutum quantum apelatur*, o acórdão que, adotando fundamento diverso do deduzido pelo juiz de primeiro grau, mantém a eficácia da constrição judicial que recaiu sobre bens dos recorrentes com base nas disposições do Decreto-Lei nº 3.240/41, ao invés do contido no art. 126 do Código de Processo Penal.
3. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o sequestro de bens de pessoa indiciada ou já denunciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, previsto no Decreto Lei nº 3.240/41, tem sistemática própria e não foi revogado pelo Código de Processo Penal em seus arts. 125 a 133, continuando, portanto, em pleno vigor, em face do princípio da especialidade.
4. O art. 3º do Decreto Lei nº 3.240/41 estabelece para a decretação do sequestro ou arresto de bens imóveis e móveis a observância de dois requisitos: a existência de indícios veementes da responsabilidade penal e a indicação dos bens que devam ser objeto da constrição.
6. Com efeito, o sequestro ou arresto de bens previsto na legislação especial pode alcançar, em tese, qualquer bem do indiciado ou acusado por crime que implique prejuízo à Fazenda Pública, diferentemente das idênticas providências cautelares previstas no Código de Processo Penal, que atingem somente os bens resultantes do crime ou adquiridos com o proveito da prática delituosa.
7. Tem-se, portanto, um tratamento mais rigoroso para o autor de crime que importa dano à Fazenda Pública, sendo irrelevante, na hipótese, o exame em torno da licitude da origem dos bens passíveis de constrição.

8. No que diz respeito à suposta violação do art. 133 do Código de Processo Penal, observa-se que tal questão não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo, não estando, assim, prequestionada (Súmula nº 282/STF). Ainda que assim não fosse, os bens móveis, fungíveis e passíveis de deterioração, podem ser vendidos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, *ex vi* do art. 137, § 1º, do CPP, a fim de assegurar futura aplicação da lei penal.

9. Recurso especial conhecido e, nessa extensão, negado-lhe provimento.

(REsp 1124658/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010)

À vista disso, os fatos narrados no curso do inquérito policial apontam para existência de negócios jurídicos simulados com o fim de suprimir tributos no processo de nacionalização de aeronaves.

O Juízo de origem, ao analisar os fatos, consignou que a entrada desses aviões em território nacional, com ânimo de permanência e sem a adoção do regular procedimento fiscal e do pagamento dos tributos devidos caracteriza, em tese, a prática do delito previsto no art. 334 do Código Penal, autorizando o sequestro dos bens indicados pela autoridade policial e Ministério Público Federal.

De fato, o Decreto 94.464/89, que regulamenta o regime de admissão temporária de aeronaves, assim dispõe sobre o tema:

Art. 2º. A aeronave civil, matriculada em qualquer Estado-Membro da Organização de Aviação Civil Internacional (OACI), poderá entrar no Brasil e sobrevoar o seu território, quando não transportar passageiros e/ou carga mediante remuneração, ou quando o fizer em trânsito, isto é, sem desembarcá-los ou embarcá-los em território brasileiro, parcial ou totalmente, observando as seguintes normas:

I - O proprietário da aeronave ou o seu comandante deverá comunicar o local de pouso ou sobrevôo ao Departamento de Aviação Civil (DAC), com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas, informando o dia e hora prováveis do voo, rota e ponto de entrada em território brasileiro, marca de nacionalidade e tipo de aeronave, finalidade do voo, e a carga e/ou passageiros transportados, quando em trânsito. Devendo, ainda, informar, se for o caso, o aeroporto internacional em que irá escalar ao entrar no Brasil; II - Em casos excepcionais e a seu critério, o Departamento de Aviação Civil (DAC) aceitará a comunicação prevista no inciso I em prazo inferior; III - Toda aeronave para sobrevoar ou pousar no Brasil deverá ter seguro que cubra possíveis danos a terceiros no solo; IV - Serão consideradas aeronaves engajadas em transporte aéreo não remunerado as que estiverem realizando:

- a) voo para prestação de socorro e para busca e salvamento de aeronave, embarcações e pessoas a bordo;*
- b) viagem de turismo ou negócio, quando o proprietário for pessoa física e nela viajar;*
- c) viagem de diretor ou representante de sociedade ou firma, quando a aeronave for de sua propriedade;*
- d) serviços aéreos especializados, em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave; e*
- e) outros voos comprovadamente não remunerados.*

V - Para os fins do disposto no inciso IV, a Seção de Aviação Civil (SAC) do aeroporto de entrada aceitará declaração escrita do respectivo comandante como documento suficiente, salvo evidência em contrário.

(...)

Art. 9º. O prazo inicial para a permanência de aeronave no território brasileiro será de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado por períodos iguais de 45 (quarenta e cinco) dias, mediante solicitação às autoridades aeronáutica e aduaneira com antecedência não inferior

a 15 (quinze) dias.

Parágrafo único. De acordo com o que dispuser a legislação específica, qualquer das autoridades acima mencionadas poderá rever de ofício a licença por ela concedida, cientificando à outra sobre a medida, em despacho fundamentado, para que proceda de igual forma.

Alega o apelante que a somatória do período no qual a aeronave esteve em território nacional não pode caracterizar a importação irregular do bem sequestrado, permanecendo aqui unicamente para viagem de diretor ou representante de sociedade, tudo nos termos do ato normativo acima transcrito.

De fato, tal circunstância, por si só, não é capaz de fundamentar um decreto condenatório. Porém, esse indício pode e deve ser investigado no curso do inquérito e de eventual ação penal a fim de desvendar eventual supressão de tributos na via própria, amparada por cognição exauriente.

Ademais, outros fatos também indicam o possível ânimo de permanência da aeronave em território nacional, uma vez que o recorrente MARCELO KALIM, conforme declaração do imposto de renda acostado nos autos (fls. 337), é acionista da empresa norte-americana MK INTERNATIONAL HOLDINGS LIMITES que, por sua vez, é sócia da recorrente FENWAY AVIATION LLC, operadora da aeronave N450FK.

Considerando ainda que MARCELO KALIM reside no Brasil (fls. 336) e que utilizou frequentemente a aeronave cuja permanência em solo brasileiro ocorreu em aproximadamente 70% do período investigado pela Receita Federal do Brasil, existem fundados indícios de que os apelantes ingressaram com o bem em território nacional para uso predominante no país sem a adoção do regular procedimento fiscal.

Não se alegue que a autoridade policial não poderia representar pela medida de sequestro na forma do Decreto-Lei 3.240/41. Isso porque o Ministério Público Federal, após a vista dos autos, ratificou a representação antes formulada, postulando pela decretação da constrição judicial dos bens.

A despeito de a autoridade policial e o *Parquet* postularem a decretação de busca e apreensão, compete ao Juízo adequar o pedido à luz do poder geral de cautela, de forma a deferir a medida que melhor proteja a eficácia de eventual ação penal.

Do mesmo modo, não se sustenta a tese segundo a qual a persecução penal, no crime de descaminho, não pode ocorrer antes da constituição definitiva do crédito tributário, restando ausente a materialidade do delito, indispensável para a constrição judicial do bem.

Ora, tratando-se de crime formal, conforme consideração levada a efeito pelo juízo de origem até então e sem embargo de eventual capitulação diversa em momento posterior, o crime de descaminho se consuma com a introdução da mercadoria em território nacional sem o pagamento dos tributos, sendo prescindível o prévio esgotamento da via administrativa com o fim de apurar o *quantum* devido.

Note-se que o procedimento administrativo em curso visa à aplicação da pena de perdimento das mercadorias, nos termos do Decreto-lei nº 1.455/76, não havendo que se falar em constituição de crédito tributário, conforme entendimento da Primeira Turma cristalizado na ementa abaixo transcrita:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. CRIME FORMAL. DESNECESSÁRIO O PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. INQUÉRITO POLICIAL. PROSSEGUIMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. O descaminho é crime formal, cuja consumação ocorre com o mero ingresso da mercadoria em território nacional, sem o recolhimento dos tributos devidos. Não há que se falar em prévio esgotamento da via administrativa.

2. No delito de descaminho o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, que exerce o controle da entrada e saída de mercadorias do território nacional, além da proteção das atividades econômicas nacionais, daí a função extrafiscal dos tributos incidentes sobre importações, além do interesse arrecadatório da Fazenda Nacional. O procedimento fiscal no caso de apreensão de mercadorias descaminhadas não visa a constituição do crédito tributário, mas a aplicação da pena de perdimento (artigo 23 e seguintes do Decreto-lei nº 1.455/76).

3. A cessação da investigação criminal e o trancamento de inquérito policial, por ausência de justa causa, somente é possível quando se verifica de pronto a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inexistência de indícios de autoria ou materialidade, circunstâncias que não foram evidenciadas no presente caso. O inquérito deve ter seu regular prosseguimento, procedendo-se as investigações para que os fatos sejam devidamente apurados.

4. Ordem denegada.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, HC 0003091-25.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, julgado em 09/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/04/2013)

Na hipótese, ultrapassado o prazo de ingresso temporário da aeronave em território nacional previsto Decreto 94.464/89 - 60 dias - sem qualquer pedido de prorrogação ou de sua regular internação, consuma-se o delito, independentemente da constituição do crédito tributário decorrente da supressão indevida dos tributos devidos.

Aponta também o recorrente que a empresa proprietária da aeronave, que não é parte da relação processual penal, não pode ser alvo de medida constritiva no âmbito do inquérito policial.

De fato, a jurisprudência da 1ª Seção desta Corte coaduna do entendimento no sentido da impossibilidade de constrição judicial de bem pertencente a pessoa jurídica, uma vez que a Fazenda Pública dispõe de meios para obter o cumprimento forçado da obrigação. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA SEÇÃO, MS 0010159-41.2004.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, julgado em 05/11/2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/01/2010 PÁGINA: 136)

Entretanto, a hipótese em tela guarda peculiaridade que demanda outra solução, impondo-se a decretação do seqüestro dos bens em nome da pessoa jurídica recorrente, uma vez que tudo leva a crer que os verdadeiros proprietários são as pessoas físicas arroladas no curso do inquérito policial ou outras pessoas jurídicas com sede no país, que se utilizaram de meio dissimulado para suprimir o pagamento de tributos.

Aliás, a prática de atos ilícitos através de pessoa jurídica pode ensejar a responsabilidade criminal da pessoa física que a controla, sobretudo quando há fundados indícios que as vestes dessa ficção legal são utilizadas para camuflar a real intenção dos negócios jurídicos por ela entabulados.

Portanto, diante de fundadas dúvidas a respeito da verdadeira propriedade do bem, é de rigor mantê-lo salvaguardado enquanto perdurar o inquérito policial e eventual ação penal.

A despeito da exatidão da medida de sequestro, torna-se imperioso evitar a deterioração do bem de alto valor agregado, que depende de complexa manutenção, impondo-se, inclusive, a necessidade de voos frequentes, conforme manual de manutenção a fls. 475/504.

Desse modo, nomeio como novo fiel depositário da aeronave N450FK o recorrente MARCELO KALIM, que poderá utilizá-la enquanto perdurarem as investigações, incumbindo-lhe

também a obrigação de zelar por sua conservação, manutenção e limpeza, de forma a evitar sua indevida deterioração até o desfecho da eventual ação penal.

Entretanto, a fim de salvaguardar a eficácia da medida de sequestro, já que o bem é de fácil deslocamento, podendo, inclusive, ultrapassar as fronteiras do território a qualquer momento e não mais retornar, é indispensável a fixação de caução prestada mediante fiança bancária no valor de mercado da aeronave apreendida.

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação, unicamente para nomear o apelante MARCELO KALIM como novo fiel depositário da aeronave N450FK, autorizando sua utilização enquanto perdurarem as investigações, mediante a fixação de caução prestada mediante fiança bancária vigente por tempo indeterminado, no valor de mercado da aeronave apreendida.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

“HABEAS CORPUS”
0023559-10.2013.4.03.0000
(2013.03.00.023559-7)

Impetrantes: ROBERTO DELMANTO E OUTROS
Paciente: MARCOS ROBERTO AGOPIAN
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE OSASCO - SP
Investigados: VANDERLEI AGOPIAN E OUTROS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNÃO POMPÊO
Classe do Processo: HC 55770
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/11/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. CRIME CONTRA O INSS (“OPERAÇÃO AGENDA”). REITERAÇÃO DE PEDIDO SOB ALEGAÇÃO DE FATOS NOVOS. POSSIBILIDADE DESDE QUE NÃO SE DISCUTA QUESTÕES JÁ ENFRENTADAS PELO COLEGIADO. REITERAÇÃO DE CONDUTA DO PACIENTE QUE SE EVADE QUANDO DA EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL NOVAMENTE CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente teve recentemente impetrado em seu favor outro *habeas corpus*, tendo sido concedida a medida liminar autorizando a substituição da prisão cautelar decretada (mas não cumprida) por medidas cautelares diversas da prisão. Posteriormente, na sessão realizada em 13/08/2013, o colegiado denegou a ordem e revogou a liminar.
2. Analisando os autos é possível constatar que os fatos novos, alegados para justificar a reiteração da impetração, não existem. Ao contrário, o que se verifica na dinâmica dos fatos é a reiteração da conduta do ora paciente que, após a revogação da medida liminar então deferida nos autos do *habeas corpus* anterior, voltou a desaparecer, frustrando, uma vez mais (e aqui a reiteração da conduta) o cumprimento da nova ordem judicial de prisão cautelar. Ou seja, todo o contexto narrado nestes autos sinaliza que o paciente novamente se evadiu, encontrando-se atualmente foragido da polícia e da justiça.
3. A postura reiterada pelo paciente faz ressurgir a situação anteriormente analisada por este colegiado e que culminou por revogar a decisão liminar e denegar a ordem, mantendo incólume o decreto de custódia preventiva exarado pelo eminente juízo impetrado nos autos originários.
4. Por fim, é de ser afastada qualquer tentativa dos impetrantes de vincular a análise do presente feito (reiteração de pedido com base em “fatos novos”) com questões que já restaram devidamente sopesadas pelo colegiado quando do julgamento do feito anterior, mais especificamente, a situação dos demais réus que estavam presos e foram soltos por ordem deste tribunal em outros feitos.
5. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. O senhor advogado após término das sustentações orais, solicitou o uso da palavra, o que foi indeferido pelo senhor Desembargador Federal Presidente Regimental à mingua dos pressupostos processuais.

São Paulo, 12 de novembro de 2013.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Marcos Roberto Agopian* em face do ato praticado pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas disposições do art. 333, parágrafo único, por 11 (onze) vezes, em concurso material com o art. 288 e art. 325, § 1º, inc. II, e § 2º, todos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, em razão da decisão que indeferiu a reiteração do pedido de revogação da prisão preventiva, uma vez que ocorreram fatos novos “quais sejam, o comparecimento do Paciente na Secretaria do MM. Juízo Processante, no dia seguinte à concessão da liminar, para assinar o Termo de Compromisso - doc. 6; e a sua notificação pessoal por Oficial de Justiça para apresentar Defesa Preliminar” (f. 10), demonstrando que não pretende furtar-se à aplicação da lei penal.

Requerem, por fim, a revogação da prisão preventiva do paciente ou sua substituição por outras medidas cautelares (fls. 02/28).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 276/277).

As informações foram prestadas pela autoridade impetrada às fls. 282/285.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 287/316).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO (Relator): Trata-se de reiteração de *habeas corpus* impetrado em favor de *Marcos Roberto Agopian* contra ato praticado pelo eminente Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP, alegando a ocorrência de fatos novos a ensejar nova apreciação por este colegiado.

O paciente teve recentemente impetrado em seu favor outro *habeas corpus* distribuído sob nº 0017071-39.2013.4.03.0000, tendo sido concedida a medida liminar autorizando a substituição da prisão cautelar decretada (mas não cumprida) por medidas cautelares diversas da prisão. A decisão foi proferida em 16/07/2013, pela eminente Desembargadora Federal Cecília Mello, em substituição regimental ao eminente Desembargador Federal Nelton dos Santos, que

se encontrava em férias (fls. 225/226).

Posteriormente, na sessão realizada em 13/08/2013, o e. Desembargador Federal Nelson dos Santos denegou a ordem e revogou a liminar anteriormente deferida, nos seguintes termos:

Insurgem-se os impetrantes contra o decreto de prisão do paciente, medida que consideram ilegal.

O paciente foi denunciado pela prática de onze infrações ao artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, além de violações ao artigo 325, § 1º, inciso II, e § 2º e ao artigo 288 do mesmo diploma legal.

Do decreto de prisão preventiva do paciente constam os seguintes trechos:

“ADRIAN ANGEL ORTEGA: foi a atuação do médico perito previdenciário que deu início à investigação. Logo no início do procedimento investigatório constatou-se que ADRIAN tem relação estreita com o investigado MARCO ROBERTO AGOPIAN. No Auto Circunstanciado 01/2013, ADRIAN conversa com MARCOS, o qual o chama de sócio, e descreve o veículo Pajero de propriedade de MARCOS, como ‘nossa Pajero’ ou ‘nossa filhota’, e trata de uma determinada quantia de dinheiro que MARCOS pretende entregar para ADRIAN e MARCOS nos quais ambos conferem a agenda de perícias de ADRIAN, mencionando nome por nome os segurados marcados para o dia que fariam parte do esquema engendrado pelos investigados. Depreende-se também que MARCOS realiza o pagamento de contas pessoais do médico perito, como parcela do veículo, condomínio e viagens (fls. 12/25);

MARCOS ROBERTO AGOPIAN: Como mencionado linhas acima, a relação de MARCOS com o médico perito ADRIAN revela fortes indícios do esquema criminoso voltado à prática de estelionato contra o INSS. Além disso, MARCOS é sócio, juntamente com seu irmão VANDERLEY AGOPIAN, de um escritório de advocacia previdenciária chamado CONSULPREV. O escritório receberia uma lista feita pela servidora RENATA APARECIDA PEREIRA DOS SANTOS, dos segurados que são clientes de Miguel e que foram agendados com o Dr. ADRIAN. No Auto Circunstanciado 03 foi registrado o primeiro diálogo entre MARCOS e RENATA. Os diálogos revelam que RENATA facilitaria os processos intermediados por MARCOS na Previdência Social e MARCOS pagaria os servidos de RENATA por meio de uma reforma na casa da investigada (fl. 25/29). MARCOS teria, inclusive, obtido benefício para sua cunhada Shirlei Márcia da Silva Augusto (fl. 76 da interceptação). Os irmãos AGOPIAN também são sócios do Centro Médico Quality Ltda., a qual teria fornecido diversos atestados médicos que instruíram benefícios previdenciários, concedidos após perícia realizada por ADRIAN” (f. 240). Como se vê, a r. decisão de primeiro grau indica elementos reveladores da prática dos diversos ilícitos, bem assim aponta indícios da respectiva autoria.

Nessa sede processual, não há espaço para maiores incursões sobre a prova, o que haverá de ser feito durante a instrução processual.

Quanto à necessidade da medida extrema, a MM. Juíza aludiu a destruição de provas e a risco à aplicação da lei penal e à ordem pública.

Mesmo que não se leve em conta a suposta destruição de provas, o fato é que o paciente não foi encontrado quando procurado para o cumprimento do mandado de prisão temporária, mantendo-se foragido pelo menos até o deferimento da medida liminar.

Essa circunstância revela, a salvo de dúvidas, o risco à aplicação da lei penal, suficiente à decretação da prisão preventiva. Bem registrou Sua Excelência que o paciente, um dos líderes da suposta quadrilha, ter-se-ia “evadido do distrito da culpa no intuito de frustrar o exercício do direito de punir do Estado, sendo desconhecido o atual paradeiro” (f. 243).

Não procede, *data venia*, o argumento segundo o qual a evasão teria que ser anterior ao decreto de prisão. Nada há na lei que confirme tal assertiva, mas de qualquer modo é certo que, no caso presente, a fuga do paciente fundamentou a própria prisão preventiva, de sorte que evidentemente a antecedeu.

Também não merece acolhida a alegação de que, por não ter passaporte, o paciente não revela

intenção de furtar-se ao alcance da lei penal. A uma, porque o Brasil é um país de dimensões continentais e permite a ocultação sem maiores dificuldades. A duas, porque países vizinhos ao nosso permitem o acesso de brasileiros mediante a apresentação de simples cédula de identidade.

De outra parte, a sequência de infrações atribuídas ao paciente afasta, *prima facie*, o caráter de eventualidade da ação criminosa, apontando, ao revés, para elevado grau de profissionalismo e para provável adoção do ilícito como meio de vida. Essa circunstância autoriza a conclusão de que, em liberdade, o paciente representa perigo à ordem pública.

Ao versar sobre esse aspecto, bem destacou a e. Procuradora Regional da República em seu parecer escrito:

“A prisão preventiva deve ser mantida, também, para a manutenção da ordem pública. É de se ressaltar que o paciente, juntamente com os demais denunciados, são integrantes de um grupo empresarial voltado para o crime e responsável por dezenas de fraudes perpetradas em prejuízo do INSS.

Além disso, o rol de crimes perpetrados pela referida organização é extremamente extenso, podendo ser citados, em especial, os delitos de formação de quadrilha, estelionato, corrupção ativa e passiva, dentre outros.

Tais fatos por si só, já demonstram a elevada periculosidade do paciente, bem como a gravidade dos crimes e sua repercussão, o que por si só, já é suficiente para a decretação da prisão preventiva com base no presente fundamento, uma vez que, nesse momento processual, se deve fazer tão somente um juízo de periculosidade e não de culpabilidade (necessário para condenação)” (f. 310).

É importante deixar claro que não apenas os crimes violentos representam risco à ordem pública. Em princípio, representa perigo à ordem pública o agente que, longe de incorrer eventualmente no crime, pratica-o habitualmente ou dele faz o seu cotidiano.

Cumprir observar que, nesse contexto, outras medidas diversas da prisão mostrar-se-iam insuficientes para acautelar os referidos bens jurídicos, também se mostrando incapazes de impedir a custódia os alegados atributos pessoais do paciente.

Ante o exposto, não constatando ilegalidade ou abuso de poder no decreto de prisão preventiva do paciente, voto pela denegação da ordem, revogando-se, por conseguinte, a medida liminar. É como voto.

Nestes autos, a autoridade impetrada, em suas informações, aduz que:

(...) o paciente evadiu-se do distrito da culpa e só reapareceu após obter a concessão de medida liminar na ação de *Habeas Corpus* impetrada perante essa Egrégia Corte (autos nº 0017071-392013.403.0000/SP), frustrando o cumprimento dos mandados de prisões temporária e preventiva decretadas em seu desfavor.

Cumprir consignar que, ao julgar o mérito do *writ*, o Tribunal denegou a ordem, cassando a medida liminar, o que ensejou a lavratura de novo mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do paciente.

Nessa esteira, a necessidade da custódia preventiva encontra-se justificada, notadamente para assegurar a futura aplicação da lei penal, uma vez que, devido à fuga do acusado, este deu mostras de que não pretende se submeter à ordem de prisão. (verso de fls. 284)

Analisando os autos é possível constatar que os alegados fatos novos, alegados para justificar a reiteração da impetração, não existem.

Ao contrário, o que se verifica na dinâmica dos fatos é a reiteração da conduta do ora paciente que, após a revogação da medida liminar então deferida nos autos do *habeas corpus* anterior, voltou a desaparecer, frustrando, uma vez mais (e aqui a reiteração da conduta) o

cumprimento da nova ordem judicial de prisão cautelar. Ou seja, todo o contexto narrado nestes autos sinaliza que o paciente novamente se evadiu, encontra-se atualmente foragido da polícia e da justiça.

Em outras palavras, a postura reiterada pelo paciente faz ressurgir a situação anteriormente analisada por este colegiado e que culminou por revogar a decisão liminar e denegar a ordem, mantendo incólume o decreto de custódia preventiva exarado pelo eminente juízo impetrado nos autos originários.

E não foi outro o sentimento do eminente Desembargador Nilton dos Santos quando da apreciação do pedido liminar nos presentes autos, sendo que peço vênha para transcrever trecho que reputo esclarecedor:

(...)

Este tribunal examinou, recentemente, pedido de *habeas corpus* formulado em favor do paciente, tendo concluído pela necessidade de manutenção da prisão cautelar.

De lá pra cá, pouco mudou na situação de fato, tanto que, mesmo com a decisão do tribunal, não logrou cumprir o mandado de prisão.

Os impetrantes argumentam que, durante o tempo em que perduraram os efeitos da decisão liminar, o paciente cumpriu rigorosamente as condições impostas.

Cumpra observar, todavia, que referido cumprimento não se deu espontaneamente, mas sob a advertência de que a medida poderia ser revogada.

De outra parte, a decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva está bem fundamentada e dela não exsurge ilegalidade que imponha, já nesta fase de procedimento, o deferimento da liminar pleiteada.

O caso é, pois, de processar-se o pedido e reavaliar o quadro perante o colegiado.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

(...)

Pois bem. Desde o momento do indeferimento do pedido liminar até agora nada mudou, sendo que o paciente continua foragido e sinalizando que representa risco para a aplicação da lei penal, e mais, para a conveniência da instrução criminal e para a ordem pública.

E assim concluo à míngua de informação nos autos sobre o paradeiro do paciente, o que enseja o enfraquecimento dos argumentos trazidos na peça inicial da presente impetração (terceiro parágrafo de fls. 15; segundo parágrafo de fls. 18; e terceiro parágrafo de fls. 24).

Mesmo a alegação de que o paciente possui emprego fixo é temerária e não se comprova de forma inequívoca nos autos. Assim afirmo, pois, com a vinda aos autos do parecer ministerial alguns detalhes do alegado vínculo de emprego foram melhor esclarecidos.

Afirma o MPF (fls. 297, primeiro parágrafo) que o suposto empregador (Valentim & Rosa Comercial Ltda., fls. 307) é uma empresa de fachada pertencente a um cunhado do paciente, sendo que no local da sede funcionava um escritório de contabilidade e na filial funciona uma oficina mecânica, não existindo no CNIS registro de recolhimento de contribuição previdenciária em relação a este vínculo empregatício, que teve início em 15/01/2011 (fls. 305/316).

E mais. Não há prova nos autos de que o paciente foi encontrado alguma vez no endereço que afirma morar. Todos os atos judiciais dos quais participou após se apresentar à Justiça se deram no prédio do Fórum (assinatura do termo de compromisso e citação). O documento juntado pelo MPF às fls. 300 sinaliza que o oficial de justiça diligenciou por duas vezes para citá-lo e não o encontrou. Porém, tal certidão está eivada de erro ao apontar o numeral equivocado (indica numeral 100, sendo que o mandado de citação está indicando o numeral 102, que é o endereço afirmado pelo paciente por ocasião da assinatura do termo de compromisso,

fls. 299/302). Mesmo desconsiderando a referida certidão do oficial de justiça, fato é que em nenhum momento até agora o paciente foi encontrado no endereço que afirma residir, nem mesmo para cumprimento do novo mandado de prisão expedido em seu desfavor (fls. 303/304).

Destarte, forçoso concluir que não existem fatos novos a justificar a reavaliação do posicionamento já adotado por este colegiado quando do julgamento do *habeas corpus* distribuído sob nº 0017071-39.2013.4.03.0000.

Por fim, afasto qualquer tentativa dos impetrantes de vincular a análise do presente feito (reiteração de pedido com base em “fatos novos”) com questões que já restaram devidamente sopesadas pelo colegiado quando do julgamento do feito anterior, mais especificamente, a situação dos demais réus que estavam presos e foram soltos por ordem deste tribunal em outros feitos.

Diante da fundamentação exposta, *denego a ordem*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPEO - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0025354-36.2003.4.03.6100

(2003.61.00.025354-8)

Apelante: TNT EXPRESS BRASIL LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelados: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC, SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DE SÃO PAULO - SEBRAE/SP E SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL - SENAC

Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA

Classe do Processo: ApelReex 1506993

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/11/2013

EMENTA

TRIBUTÁRIO - ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, AO SAT E A TERCEIROS - DECADÊNCIA QUINQUENAL - VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA - NÃO INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES - RELAÇÃO DE EMPREGO VERIFICADA PELA FISCALIZAÇÃO DO INSS - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - APELO DA AUTORA IMPROVIDO - APELO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Conforme entendimento do Egrégio STJ, “em se tratando de ação anulatória, incumbe ao autor o ônus da prova, no tocante à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, necessário prova irrefutável do autor para desconstituir o crédito” (EDcl no REsp nº 894571/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 01/07/2009).

2. No caso, pretende a autora desconstituir os débitos objetos do AI nº 35.230.909-1, oriundo de multa por terem sido apresentadas GFIPs com dados não correspondentes a todos os fatos geradores, e das NFLDs nºs 35.230.914-8 e 35.230.915-6, decorrentes do não recolhimento das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros sobre reembolso-quilometragem, pagamentos efetuados a autônomos, “Top Prêmio” (prêmio de produtividade), pagamentos realizados em reclamatória trabalhista, remuneração de segurada tida como empregada e salários indiretos (despesas com veículos e telefones celulares de propriedade da empresa).

3. Conforme entendimento pacificado pelo Egrégio STF, expresso no enunciado da Súmula Vinculante nº 08, são inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei 8212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Assim sendo, aplica-se, à espécie, o CTN, que estabelece o prazo de cinco anos para apuração e constituição do crédito (art. 150, § 4º, na hipótese de recolhimento a menor, ou art. 173, I, se não houve recolhimento) e outros cinco para a sua cobrança (art. 174).

2. O débito objeto da NFLD nº 35.230.914-8, de 21/12/2001, referem-se a parcelas das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros que deixaram de ser recolhidas no período de 05/1994 a 12/1998, do que se conclui que *foram atingidas pela decadência*

as competências de 05/1994 a 12/1996, ante o decurso do prazo quinquenal previsto no artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional.

4. No tocante ao débito objeto da NFLD nº 35.230.915-6, de 21/12/2001, considerando que se referem a parcelas das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros que deixaram de ser recolhidas no período de 01/1999 a 12/2000, *não verifico a ocorrência da decadência*, visto que o débito foi constituído dentro do prazo legal.

5. Relativamente ao débito relativo ao AI nº 35.230.909-1, de 21/12/2001, a multa foi aplicada por ter autora apresentado, com dados não correspondentes a todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, as GFIPs de 01/1999 a 10/2001, do que se conclui que, *no cálculo da multa, não foram consideradas competências atingidas pela decadência quinquenal*.

6. A inteligência do artigo 195, I, *a* e 201, § 4º, ambos da Constituição Federal, revela que só podem servir de base de cálculo para a contribuição previdenciária as verbas de natureza salarial. O artigo 22, I, da Lei 8.212/91, de sua vez, seguindo a mesma linha desses dispositivos constitucionais, estabelece como base de cálculo da contribuição previdenciária apenas as verbas de natureza salarial, na medida em que faz menção a “remunerações” e “retribuir o trabalho”. Partindo dessas premissas legais e constitucionais, doutrina e jurisprudência chegam à conclusão de que as contribuições previdenciárias devem incidir apenas sobre as verbas recebidas pelo empregado que possuam natureza salarial. Logo, não há que se falar em incidência de tal exação sobre verbas de natureza diversa, aí se inserindo verbas indenizatórias, assistenciais e previdenciárias.

7. Para definir se uma verba possui ou não natureza jurídica salarial pouco importa o nome jurídico que se lhe atribua ou a definição jurídica dada pelos particulares ou contribuintes e mesmo pelo legislador ordinário. É mister que se avalie as suas características, único meio idôneo a tanto. O fato de uma norma coletiva (convenção ou acordo coletivo) afirmar que determinada verba é desvinculada do salário não é suficiente para desnaturar a sua natureza jurídica. Tal lógica deve ser aplicada para todas as verbas extra-legais, aí se inserindo aquelas previstas num contrato individual de trabalho ou nos regulamentos internos das empresas. É que a obrigação tributária é imposta por lei. É imperativa. Não pode, portanto, ser derogada por acordos privados, conforme se infere do artigo 123 do CTN, o qual preceitua que os contribuintes não podem opor ao fisco convenções particulares que alterem a definição do sujeito passivo tributário, donde se conclui que eles não podem, também, afastar a obrigação fiscal por meio de tais instrumentos. Tais verbas podem assumir natureza salarial ou não, a depender da sistemática de seu pagamento, motivo pelo qual, para se saber qual a sua efetiva natureza, indispensável a análise de tal sistemática.

8. Embora a autora chame a verba de reembolso-quilometragem, verificou a fiscalização do INSS que os valores pagos a esse título eram fixos, e independiam da comprovação de gastos, não tendo a empresa demonstrado, nos autos, que tais verbas tinham caráter ressarcitório, o que afastaria a incidência das exações, nos termos do artigo 28, parágrafo 9º, alínea “s”, da Lei nº 8212/91, com redação dada pela Lei nº 9528/97. Precedentes do Egrégio STJ (AgRg no REsp nº 1197757/ES, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 13/10/2010; REsp nº 507945/SC, 1ª Turma, Relator Ministra Denise Arruda, DJ 19/09/2005, pág. 185; REsp nº 420390/PR, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 11/10/2004, pág. 257).

9. O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento, expresso na sua

Súmula nº 367, de que o veículo fornecido pelo empregador ao empregado, se indispensável para a realização do trabalho, não tem natureza salarial, mesmo que utilizado pelo empregado em atividades particulares. Assim sendo, não podem as contribuições incidirem sobre tal verba. Precedentes desta Egrégia Corte Regional (AC nº 2004.03.99.018417-4/SP, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, DE 15/02/2013; AC nº 2004.61.00.031100-0/SP, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal José Lunardelli, DE 26/03/2012; AC nº 2004.61.00.016256-0/SP, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, DE 27/11/2009).

10. Conforme entendimento desta Colenda Turma, os prêmios de produtividade não são pagos por mera liberalidade, mas em decorrência de um evento ligado ao fim da autora, o que os caracteriza como remuneração, sobre eles devendo incidir as contribuições sociais (AC nº 2001.03.99.051453-7/SP, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, e-DJF3 Judicial 2 23/04/2009, pág. 444). No mesmo sentido: TRF 3ª Região, AC nº 2001.61.05.011066-9/SP, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 19/09/2012; AC nº 97.03.013957-4/SP, 5ª Turma, Relator Juiz Federal Conv. Leonel Ferreira, e-DJF3 Judicial 1 2/12/2011; AC nº 1999.03.99.005512-1/SP, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, e-DJF3 Judicial 1 23/09/2009).

11. A relação de emprego se caracteriza pela subordinação, pessoalidade, onerosidade e habitualidade, requisitos que foram verificados pela fiscalização do INSS, não tendo a autora trazido, aos autos, prova inequívoca no sentido de que a trabalhadora mencionada nos relatórios fiscais lhe prestava serviço na condição de autônoma, não sendo suficientes, para tanto, os recibos de prestação de serviços e extratos de lançamentos da empresa, nem os depoimentos colhidos em audiência.

12. A autuação fiscal, no caso, limitou-se a considerar a relação jurídica para efeitos previdenciários, tendo se embasado na própria legislação previdenciária, que utiliza os conceitos “empregado” e “autônomo”, para discriminar as diversas modalidades de segurado e as respectivas contribuições. Na verdade, o INSS, ao exercer a fiscalização, por meio de seus agentes, acerca do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias, tem não só a competência para investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam, mas a obrigação de fazê-lo, nos termos do artigo 33 da Lei nº 8212/91, autuando a empresa caso verifique a existência de vínculo empregatício não declarado, a fim de que seja efetivada a arrecadação. Precedentes do Egrégio STJ (REsp nº 894571/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 13/10/2008; AgRg no REsp nº 894015/AL, 1ª Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 12/04/2007, pág. 251).

13. Em resumo, é de se declarar totalmente subsistente o débito oriundo do AI nº 35.230.909-1 e, ante o reconhecimento da decadência em relação à parte do débito objeto da NFLD nº 35.230.914-8 (competências de 05/1994 a 12/1996) e da inexigibilidade das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros sobre pagamentos efetuados a título de despesas com a utilização de veículos e telefones celulares de propriedade da empresa, objetos das NFLDs nº 35.230.914-8 e 35.230.915-6, não é o caso de se decretar a sua nulidade, mas de se reduzir o seu montante, para excluir os valores indevidos, mantida, assim, a parcial procedência da ação anulatória, mas em menor extensão, determinando o prosseguimento da cobrança, quanto aos débitos remanescentes.

14. Os honorários advocatício são ônus do processo e devem ser suportados pelo ven-

cido. Assim, deve a autora, que foi vencedora em parte mínima do pedido, arcar com o seu pagamento, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 15. E, na hipótese, tendo em conta que foi atribuído à causa o valor de R\$ 894.962,01 (oitocentos e noventa e quatro mil, novecentos e sessenta e dois reais e um centavo), e considerando o trabalho realizado pelos procuradores dos réus, são irrisórios os honorários advocatícios fixados em 1% (um por cento) do valor atualizado atribuído à causa, a ser rateado entre os corréus. Assim sendo, é de se majorar os honorários para 5% (cinco por cento) do valor atualizado atribuído à causa, o que se harmoniza com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

16. Apelo da autora improvido. Apelo da União e remessa oficial parcialmente providos.

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 apelo da autora e dar parcial provimento ao apelo da União e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2013.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de remessa oficial e recursos de apelação interpostos por TNT EXPRESS BRASIL LTDA. e pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) contra sentença que, nos autos da *ação ordinária* ajuizada em 08/09/2003, objetivando anular os débitos objetos do AI nº 35.230.909-1 e das NFLDs nºs 35.230.914-8 e 35.230.915-6, *julgou parcialmente procedente o pedido*, (1) para reconhecer que as competências de 05/1994 a 12/1996 foram atingidas pela decadência e (2) para determinar a revisão dos lançamentos, para deles excluir as verbas relativas ao reembolso de quilometragem e salário indireto decorrente da utilização de veículos e celulares de propriedade da empresa, (3) condenando a autora, que foi vencedora em parte mínima do pedido, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 1% (um por cento) do valor atribuído à causa, a ser rateado entre os réus.

Sustenta a autora, em suas razões, (1) que os pagamentos a título de “Top Prêmio” não se referem a comissões, mas a prêmios concedidos por cumprimento de metas atingidas com eventualidade, sobre eles não podendo incidir as contribuições previdenciárias e a terceiros; (2) que a Sra. Sulamitha Martins Lopes Meira não lhe prestava serviços como empregada, mas como autônoma, não podendo a contribuição previdenciária sobre a sua remuneração; e (3) que sucumbiu em parte mínima do pedido, não podendo arcar com a totalidade dos honorários advocatícios.

Por sua vez, a União alega, na forma das razões de fls. 3054/3064, (1) que não ocorreu a decadência; (2) que a contribuição deve incidir sobre valores pagos a título de reembolso de quilometragem e salário indireto decorrente da utilização de veículos e celulares de propriedade da empresa; e (3) que os honorários advocatícios foram fixados em valor irrisório, requerendo a sua majoração.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Egrégio Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

1. Como se sabe, a presunção de legitimidade é uma das qualidades ostentadas pelo ato administrativo. A importância desse atributo é basilar, na medida em que permite - juntamente com a imperatividade, a exigibilidade e a auto-executoriedade - à Administração Pública cumprir, com eficiência, a missão de gerir os interesses da coletividade.

Todo ato expedido pela Administração Pública no desempenho da função administrativa reveste-se de presunção relativa de acerto, visto que o princípio da legalidade impõe que a Administração aja somente de acordo com a lei.

Portanto, presume-se que se a Administração Pública agiu, o fez de acordo com a lei.

Os atos administrativos presumem-se legítimos porque a Administração Pública somente pode atuar naquelas hipóteses e daquelas maneiras que a lei lhe permite ou exige.

Por força disso, a Administração Pública está dispensada de apresentar elementos que justifiquem os pressupostos de fato e de direito que levaram à expedição do ato. Somente a impugnação - deduzida na esfera administrativa ou judicial - é que abre a possibilidade ao administrado para discutir a legitimidade do ato, mediante a apresentação de provas que sejam capazes de remover a presunção de acerto que repousa sobre o ato administrativo.

Raciocínio diverso implicaria em privar a Administração Pública de um importantíssimo instrumento, que lhe é conferido pelo regime jurídico-administrativo, para garantir a segurança jurídica e a celeridade necessária no desempenho das suas funções.

Cumprido ao intérprete sempre levar em conta que o regime jurídico-administrativo apóia-se em dois comandos nucleares: a) supremacia do interesse público sobre o privado e a b) presunção de legitimidade dos atos da Administração.

Em assim sendo, em homenagem aos princípios acima declinados, não se pode aceitar a pura e simples argumentação de que determinado ato administrativo encontra-se maculado. Cabe ao administrado produzir provas que prestem suporte a essa alegação.

1.2. No caso, pretende a autora desconstituir os débitos objetos do AI nº 35.230.909-1 e das NFLDs nºs 35.230.914-8 e 35.230.915-6, todos de 21/12/2001.

1.2.1. Relativamente ao débito objeto do Auto de Infração nº 35.230.909-1, de 21/12/2001, é oriundo de infração ao disposto no artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º, da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9528/97, por ter a autora apresentado GFIPs com dados não correspondentes a todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, tendo sido retificada a multa por decisão administrativa, para excluir as circunstâncias agravantes, fixando-a em R\$ 88.082,08 (oitenta e oito mil, e oitenta e dois reais e oito centavos), como se vê de fls. 58/68.

1.2.2. Quanto à NFLD nº 35.230.914-8, de 21/12/2001, a autora deixou de fazer incidir as contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros sobre (1) reembolso-quilometragem (07/1994 a 12/1998), (2) remuneração de autônomos (05/1996 a 12/1998), (3) "Top Prêmio" (09/1997 a 12/1998), (4) pagamentos efetuados em reclamatória trabalhista (05/1994 a 10/1998), (5) salário da segurada Sulamitha Martins Lopes Meira (06/1996 a 12/1998) e (6) salário indire-

to (07/1994 a 12/1998), tendo sido retificado o montante devido por decisão administrativa, para excluir os valores cobrados em duplicidade, fixando-os em R\$ 519.630,41 (quinhentos e dezenove mil, seiscentos e trinta reais e quarenta e um centavos), como se vê de fls. 83/120.

1.2.3. No tocante à NFLD nº 35.230.915-6, de 21/12/2001, a autora deixou de fazer incidir as contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros sobre (1) reembolso-quilometragem (01/1999 a 12/2000), (2) remuneração de autônomos (01/1999 a 12/2000), (3) “Top Prêmio” (01/1999 a 12/2000), (4) pagamentos efetuados em reclamatória trabalhista (12/1999 a 01/2001), (5) salário da segurada Sulamitha Martins Lopes Meira (01/1999 a 06/1999) e (6) salário indireto (01/1999 a 12/2000), tendo sido retificado o montante devido por decisão administrativa, para excluir os valores cobrados em duplicidade (despesas “leasing”, “combustíveis”, “seguros diversos” e “telefones”), fixando-os em R\$ 122.448,80 (cento e vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e oitenta centavos), como se vê de fls. 123/158.

1.3. *Em relação à decadência, deve ser mantida a decisão de Primeiro Grau.*

Os artigos 45 e 46 da Lei nº 8212, de 24 de julho de 1991, em vigor à época, dispendo sobre os prazos de decadência e prescrição, fixando-os em 10 (dez) anos, são ineficazes por terem sido veiculados por lei ordinária, não podendo alterar o Código Tributário Nacional, que é materialmente uma lei complementar.

É que, em face da nítida natureza tributária das contribuições sociais, não estão elas sujeitas aos preceitos de lei ordinária, em detrimento das regras de Direito Tributário, sob pena de ofensa ao disposto no inciso III, alínea “b”, do artigo 146, da Lei Maior, que determina a veiculação de normas gerais em matéria de legislação tributária, no que tange à decadência e à prescrição, por meio de lei complementar.

E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu que as normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias devem ser estabelecidas por lei complementar, tendo declarado a inconstitucionalidade do disposto no artigo 45 da Lei nº 8212/91, ao julgar Incidente de Inconstitucionalidade instaurado nos autos do Recurso Especial nº 616348/MG, em sessão realizada em 15 de agosto de 2007. Nesse sentido, ademais, é o entendimento pacificado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, expresso no enunciado da Súmula Vinculante nº 08.

Assim sendo, aplica-se, à espécie, o Código Tributário Nacional, que estabelece o prazo de 05 (cinco) anos para apuração e constituição do crédito (artigo 150, parágrafo 4º, na hipótese de recolhimento a menor, ou artigo 173, inciso I, se não houve recolhimento) e outros (05) cinco para a sua cobrança (artigo 174).

1.3.1. No caso, o débito objeto da NFLD nº 35.230.914-8, de 21/12/2001, referem-se a parcelas das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros que deixaram de ser recolhidas no período de 05/1994 a 12/1998, do que se conclui que *foram atingidas pela decadência as competências de 05/1994 a 12/1996*, ante o decurso do prazo quinquenal previsto no artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional.

1.3.2. Quanto ao débito objeto da NFLD nº 35.230.915-6, de 21/12/2001, considerando que se referem a parcelas das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros que deixaram de ser recolhidas no período de 01/1999 a 12/2000, *não verifico a ocorrência da decadência*, visto que o débito foi constituído dentro do prazo legal.

1.3.3. No tocante ao débito relativo ao AI nº 35.230.909-1, de 21/12/2001, a multa foi aplicada por ter autora apresentado, com dados não correspondentes a todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, as GFIPs de 01/1999 a 10/2001, do que se conclui que, *no cálculo da multa por infração, não foram consideradas competências atingidas pela decadência quinquenal*.

1.4.1. Pretende a autora afastar a incidência das contribuições sobre os valores pagos a título de “Top Prêmio”, defendendo a União, por outro lado, a manutenção da cobrança de contribuições incidentes sobre pagamentos efetuados a título de reembolso de quilometragem e salário indireto decorrente da utilização de veículos e celulares de propriedade da empresa.

E, para se concluir se sobre tais rubricas devem ou não incidir contribuições previdenciárias, necessário verificar a natureza jurídica de tais pagamentos.

Isso porque, a inteligência do artigo 195, I, *a*, da Constituição Federal, revela que só podem servir de base de cálculo para a contribuição previdenciária as verbas de natureza salarial, já que tal dispositivo faz expressa menção à “*folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados*”.

Acresça-se que a Carta Magna, em seu artigo 201, § 4º, na redação original, estabelecia que “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”. Tal dispositivo veio a ser alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98, passando a questão a ser regulada no artigo 201, § 11, da CF/88, o qual preceitua que “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.”

O artigo 22, I, da Lei 8.212/91, de sua vez, seguindo a mesma linha dos dispositivos constitucionais mencionados, estabelece como base de cálculo da contribuição previdenciária apenas as verbas de natureza salarial, na medida em que faz menção a “remunerações” e “retribuir o trabalho”.

Partindo dessas premissas legais e constitucionais, doutrina e jurisprudência chegam à conclusão de que as contribuições previdenciárias devem incidir sobre todas as verbas recebidas pelo empregado que possuam natureza salarial.

Logo, não há que se falar em incidência de tal exação sobre verbas de natureza diversa, aí se inserindo verbas indenizatórias, assistenciais e previdenciárias.

Vale dizer que para definir se uma verba possui ou não natureza jurídica salarial pouco importa o nome jurídico que se lhe atribua ou a definição jurídica dada pelos particulares ou contribuintes e mesmo pelo legislador ordinário. É mister que se avalie as suas características, único meio idôneo a tanto.

O fato de uma norma coletiva (convenção ou acordo coletivo) afirmar que determinada verba é desvinculada do salário não é suficiente para desnaturar a sua natureza jurídica. Tal lógica deve ser aplicada para todas as verbas extra-legais, aí se inserindo aquelas previstas num contrato individual de trabalho ou nos regulamentos internos das empresas. É que a obrigação tributária é imposta por lei. É imperativa. Não pode, portanto, ser derogada por acordos privados, conforme se infere do artigo 123 do CTN, o qual preceitua que os contribuintes não podem opor ao fisco convenções particulares que alterem a definição do sujeito passivo tributário, donde se conclui que eles não podem, também, afastar a obrigação fiscal por meio de tais instrumentos. Tais verbas podem assumir natureza salarial ou não, a depender da sistemática de seu pagamento, motivo pelo qual, para se saber qual a sua efetiva natureza, indispensável a análise de tal sistemática.

Por outro lado, prevendo a Constituição da República que o fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento de verba de natureza salarial, não sendo admitido no texto maior o pagamento de verbas indenizatórias, assistenciais ou previdenciárias para tal fim, não pode qualquer norma infraconstitucional fazê-lo, ainda que o faça por meio de um rótulo equivocado.

Essa é a “ratio decidendi” que deve inspirar a apreciação das lides como a posta em desate “in casu”.

Inserindo tais premissas na análise da discussão dos presentes autos, constata-se que, nesse aspecto, a decisão apelada merece parcial reparo.

1.4.2. Reembolso de Quilometragem

Não obstante a autora chame a verba de reembolso-quilometragem, verificou a fiscalização do INSS que os valores pagos a esse título eram fixos, e independiam da comprovação de gastos, não tendo a empresa demonstrado, na via administrativa, que tais verbas tinham caráter ressarcitório, o que afastaria a incidência das exações, nos termos do artigo 28, parágrafo 9º, alínea “s”, da Lei nº 8212/91, com redação dada pela Lei nº 9528/97, como se vê de fls. 97/98 e 137.

E como se vê da petição inicial, a própria autora admite que “as importâncias destinadas aos funcionários eram fixas e pagas mensalmente através de estimativas” (fl. 08), defendendo que “o fato de não haver notas para contraprestação do valor auferido não poderia retirar a identidade dessa verba” (fl. 07), que entende ser indenizatória.

Ocorre que o reembolso de despesas com a utilização do veículo do empregado a serviço da empresa, *apenas se não é realizado de forma habitual e depende da comprovação de despesas realizadas*, deve ser considerado como verba de natureza indenizatória, sobre ele não podendo incidir a contribuição previdenciária, de acordo com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese, contudo, não há, nos autos, comprovação das despesas realizadas, não restando configurada, portanto, a natureza indenizatória de tais pagamentos.

1.4.6. Despesas decorrentes da utilização de veículos e telefones celulares de propriedade da empresa

Consta, dos autos, que a fiscalização do INSS constatou que “a empresa realiza pagamentos a funcionários de valores correspondentes a despesas com o uso e manutenção de veículos e telefones de propriedade da empresa, pois os bens permanecem em posse dos beneficiários diuturnamente, inclusive fins-de-semana, feriados e férias”, como se vê de fls. 103 e 142.

Ocorre, no entanto, que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento, expresso na sua Súmula nº 367, de que o veículo fornecido pelo empregador ao empregado, se indispensável para a realização do trabalho, não tem natureza salarial, mesmo que utilizado pelo empregado em atividades particulares.

1.4.5. Prêmio de desempenho (“Top Prêmio”)

Depreende-se, dos autos, que a fiscalização do INSS verificou que o “Top Prêmio” é uma espécie de vale, fornecido ao empregado que atinge metas de vendas de determinados produtos ou serviços fornecidos pela empresa, podendo ser utilizado na aquisição de bens em rede de comércio conveniado, como se vê de fls. 85 e 125.

Sustenta a autora, na petição inicial, que o pagamento não é pago habitualmente, o que caracterizaria, no seu entender, a sua natureza indenizatória (fl. 11).

Ocorre que, sobre o tema, esta Colenda Segunda Turma já firmou entendimento no sentido de que a verba “não é paga por mera liberalidade, mas em decorrência de um evento ligado ao fim da autora, configurando uma clara remuneração, acarretando um acréscimo patrimonial e provocando a incidência da contribuição previdenciária” (AC nº 2001.03.99.051453-7/SP, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, e-DJF3 Judicial 2 23/04/2009, pág. 444).

1.4.6. Conforme demonstrado nos tópicos precedentes, não deve incidir contribuição previdenciária sobre despesas decorrentes da utilização de veículos e telefones celulares de

propriedade da empresa.

Não há de se falar em violação aos artigos 22, I e 28, da Lei 8.212/91, eis que tais dispositivos não estabelecem rol taxativo das verbas sobre as quais não incide a contribuição debatida. Conforme já esclarecido, é necessário aferir a natureza das verbas para se verificar se sobre elas incide ou não a exação.

1.5. Pretende a autora, ainda, afastar a incidência das contribuições sobre pagamentos efetuados a Sra. Sulamitha Martins Lopes Meira, que não lhe prestava serviços como empregada, mas como autônoma.

Depreende-se, dos autos, que a fiscalização do INSS constatou que a referida segurada foi contratada para prestar serviços de “atendimento de vendas” e, posteriormente, “representação comercial” na região de Guarulhos, supostamente na qualidade de autônoma, e que ela desempenhou suas atividades no período de junho de 1996 a maio de 1999, tendo sido registrada, em 01/06/99, na qualidade de “segurada empregada”, na função de “Representante de Vendas PL”, com remuneração equivalente a dos meses anteriores, conforme Ficha de Registro de Empregados nº 000326, como se vê de fls. 101 e 131.

Ocorre que a relação de emprego se caracteriza pela subordinação, pessoalidade, onerosidade e habitualidade, requisitos que foram verificados pela fiscalização do INSS, não tendo a autora trazido, aos autos, prova inequívoca no sentido de que a trabalhadora mencionada nos relatórios fiscais lhe prestava serviço na condição de autônoma, não sendo suficientes, para tanto, os recibos de prestação de serviços e extratos de lançamentos da empresa, nem os depoimentos colhidos em audiência.

E, conforme decisões administrativas, constantes de fls. 83/120 e 123/158, que reconheceram, nesse aspecto, a procedência dos lançamentos fiscais. Nem se diga que os agentes fiscais do INSS não têm competência para descaracterizar a prestação de serviços como autônomos.

Com efeito, a autuação fiscal, no caso, limitou-se a considerar a relação jurídica para efeitos previdenciários, tendo se embasado na própria legislação previdenciária, que utiliza os conceitos de “empregado” e “autônomo”, para discriminar as diversas modalidades de segurado e as respectivas contribuições.

Na verdade, o INSS, ao exercer a fiscalização, por meio de seus agentes, acerca do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias, tem não só a competência para investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam, mas a obrigação de fazê-lo, nos termos do artigo 33 da Lei nº 8212/91, autuando a empresa caso verifique a existência de vínculo empregatício não declarado, a fim de que seja efetivada a arrecadação.

1.6. Desse modo, é de se declarar totalmente subsistente o débito oriundo do Auto de Infração nº 35.230.909-1 e, ante o reconhecimento da decadência em relação à parte do débito objeto da NFLD nº 35.230.914-8 (competências de 05/1994 a 12/1996) e da inexigibilidade das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros sobre pagamentos efetuados a título de despesas com a utilização de veículos e telefones celulares de propriedade da empresa, objetos das NFLDs nº 35.230.914-8 e 35.230.915-6, não é o caso de se decretar a sua nulidade, mas de se reduzir o seu montante, para excluir os valores indevidos, mantida, assim, a parcial procedência da ação anulatória, mas em menor extensão, determinando o prosseguimento da cobrança, quanto aos débitos remanescentes.

2. No tocante aos honorários advocatício, são ônus do processo e devem ser suportados pelo vencido. Assim, deve a autora, que foi vencedora em parte mínima do pedido, arcar com o seu pagamento, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

E, na hipótese, tendo em conta que foi atribuído à causa o valor de R\$ 894.962,01 (oitocentos e noventa e quatro mil, novecentos e sessenta e dois reais e um centavo), e considerando o trabalho realizado pelos procuradores dos réus, são irrisórios os honorários advocatícios fixados em 1% (um por cento) do valor atualizado atribuído à causa, a ser rateado entre os corréus.

Assim sendo, é de majorar os honorários para 5% (cinco por cento) do valor atualizado atribuído à causa, o que se harmoniza com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO ao apelo da autora e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da União e à remessa oficial**, para manter a cobrança das contribuições previdenciárias, ao SAT e a terceiros sobre o pagamento de verba denominada “auxílio-quilometragem” e para majorar os honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) do valor atualizado atribuído à causa, a ser rateado entre os corréus. Mantenho, quanto ao mais, a decisão de Primeiro Grau.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006258-56.2004.4.03.6114

(2004.61.14.006258-6)

Agravante: CIELO S/A

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 288/292

Apelante: CIELO S/A

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AMS 278339

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/11/2013

EMENTA

AGRAVO INOMINADO. PROCESSUAL. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. COFINS. CREDITAMENTO. INSUMOS. LEI Nº 10.833/03 E ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI Nº 10.865/04. LEGITIMIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1 - Inicialmente, cumpre salientar que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil é aplicável ao caso em comento, porquanto existente jurisprudência dominante nesta E. Corte acerca da matéria em debate, no mesmo sentido do entendimento adotado pela decisão recorrida. Outrossim, vale mencionar que o julgado considerou a inexistência de pronunciamento definitivo dos Tribunais Superiores a favor da pretensão deduzida pela apelante, ora agravante, prevalecendo, para efeito de julgamento de mérito, a presunção de constitucionalidade das normas.

2 - Desse modo, não merece acolhimento a alegação da agravante de que não seria aplicável o julgamento monocrático com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

3 - No caso em exame, a impetrante insurge-se contra alterações perpetradas pela Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, no art. 3º, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que promoveram restrições ao creditamento a título de COFINS.

4 - Com efeito, os §§ 12 e 13, do art. 195 da Constituição Federal de 1988, incluídos pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, dispuseram que *a lei* definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições sociais de que tratam os incisos I, b, e IV, do *caput* do aludido dispositivo normativo, serão não-cumulativas.

Nesse diapasão, verifica-se que a lei magna delegou competência ao legislador ordinário para tal mister, qual seja, o de estabelecer os segmentos nos quais as contribuições sociais previstas no mencionado comando constitucional serão não-cumulativas.

Assim, ao contrário do que aduz a impetrante, ora recorrente, a não-cumulatividade, tal como prevista no art. 195 da CF, encontra-se adstrita ao crivo do legislador ordinário.

5 - Ressalte-se que o princípio da não-cumulatividade era previsto na Constituição Federal apenas para o IPI (art. 153, IV, § 3º, II) e o ICMS (art. 155, II, § 2º, I), não alcançando as contribuições sociais previstas no artigo 195, inciso I. Destarte, a definição prevista nos citados dispositivos constitucionais não se aplica a estas últimas,

para as quais somente com a Emenda nº 42/2003, passou o aludido princípio a ser “expressamente” previsto, estabelecendo que caberá à lei regulamentar os setores da atividade econômica em que devam tais contribuições ser não-cumulativas, o que importa em reconhecer a não obrigatoriedade da regra da não-cumulatividade para a generalidade dos casos e, conseqüentemente, a possibilidade de o legislador identificar outros critérios, situações jurídicas e condições para sua fixação, atendendo às peculiaridades individuais de cada setor da economia, e assim conferindo efetividade ao princípio da isonomia tributária (*vide* artigos 3º, I e II, 10 e 12, da Lei nº 10.833/03), o que até reforça, em uma compreensão genérica e global da sistemática constitucional para estas contribuições sociais, a regra do § 9º do mesmo artigo 195 da Constituição (incluído pela Emenda nº 20/98 e alterado pela Emenda nº 47/2005).

6 - Ademais, a isonomia tributária deve ser aferida e concretizada pelo legislador diante das situações jurídicas específicas dos diversos setores econômicos, estabelecendo os créditos sujeitos a desconto na operação seguinte para efeito de aperfeiçoar a não-cumulatividade, dentro de um critério de razoabilidade, não competindo ao Judiciário fazê-lo - criando hipótese de dedução não prevista ou excluída expressamente pela lei, regras que, em substância, importariam em exclusão de tributos, a teor do artigo 111, inciso I, do Código Tributário Nacional. Desse modo, à luz do princípio constitucional da igualdade/isonomia, nada impedia a adoção desta técnica de arrecadação tributária (não-cumulatividade) mesmo antes da EC nº 42/2003.

7 - Por sua vez, não há que se cogitar da ocorrência de ofensa ao princípio da vedação ao confisco, o qual pressupõe, para que seja demonstrado, que a exigência fiscal, por si mesma, esteja eliminando o direito de propriedade ou inviabilizando o exercício da atividade econômica, o que não restou evidenciado neste *mandamus*.

8 - No que respeita ao artigo 3º da Lei nº 10.833/03, com as alterações veiculadas pela Lei nº 10.865/04, cuida-se, *in casu*, de sistema de abatimento de crédito, com base no qual se permite, para fins de apuração da base de cálculo do tributo, deduzir as parcelas indicadas “por lei”, em atenção ao princípio da legalidade. Referido dispositivo legal estabelece que os contribuintes sujeitos ao pagamento da COFINS, com base na Lei nº 10.833/03, poderão deduzir, “nas situações jurídicas expressamente previstas no referido dispositivo legal”, créditos a título de COFINS.

9 - Por seu turno, no que tange ao pedido sucessivo/alternativo da impetrante, ora recorrente, melhor sorte não lhe assiste, posto que o conceito de “insumo”, para fins de dedução de créditos a título de COFINS, encontra-se definido no comando legal disposto no inc. II, do art. 3º da Lei nº 10.833/03, resultando a IN SRF nº 404/2004 em consonância com o disposto no aludido dispositivo legal.

10 - Verifica-se que a recorrente insurge-se quanto à base de cálculo da COFINS, objetivando a redução da incidência da exação mediante desconto de crédito não previsto no ordenamento jurídico vigente, ao contrário do que entende a impetrante/apelante, ao que cumpre salientar que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, haja vista que a redução da base de cálculo de tributo somente ocorre mediante expressão previsão legal, a cargo do Poder Legislativo, a teor do disposto no art. 97 do Código Tributário Nacional.

11 - Desse modo, as alterações promovidas pela Lei nº 10.865/04 no art. 3º da Lei nº 10.833/03, no sentido de restringir créditos para fins de dedução da COFINS, atendem ao permissivo constitucional, não restando eivadas de inconstitucionalidade, haja vista que somente a lei pode autorizar exclusões ou deduções, bem como vedá-las, para fins

de apuração da base de cálculo do tributo.

12 - Compreendo que o agravo em exame não reúne condições de acolhimento, porquanto o r. provimento hostilizado foi prolatado em precisa aplicação das normas de regência e está adequado ao entendimento jurisprudencial predominante, mormente nesta E. Corte, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria atribuída por esta Colenda Turma, encontrando-se a espécie bem amoldada ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

13 - Agravo inominado não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de agravo inominado interposto em face da decisão monocrática de fls. 288/292 que, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação da impetrante, ora agravante, tendo sido proferida nos seguintes termos:

Cuida-se de mandado de segurança preventivo, impetrado em 14 de setembro de 2004 contra ato do Delegado da Receita Federal em São Bernardo do Campo/SP, com pedido de liminar, objetivando assegurar à impetrante o direito de apurar e recolher a COFINS, computando-se no *quantum debeatur (sic)* desta contribuição, direta ou indiretamente, os créditos relativos a todas as despesas e custos, tais como: mão-de-obra paga a pessoas físicas, despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, bens e serviços não sujeitos ao pagamento da aludida contribuição, créditos relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos até 30 de abril de 2004, o estoque inicial, em obediência ao princípio da não-cumulatividade de forma absoluta e geral, sem quaisquer condições ou restrições. Sucessiva e alternativamente, a impetrante requereu seja assegurado o direito de apurar e recolher a COFINS, computando-se no *quantum debeatur (sic)* desta contribuição os créditos relativos aos custos e às despesas que sejam consideradas insumos do processo da sua prestação de serviços, em especial aquelas com Promoção de suas Marcas e do Uso de seus cartões, em virtude das mesmas se enquadrarem no conceito de insumo, restando, ao final, concedida em definitivo a segurança pleiteada. Aditamento da inicial às fls. 114/116. Atribuído à causa o valor de R\$ 30.000,00.

Em suma, aduz a impetrante - pessoa jurídica de direito privado meramente e exclusivamente prestadora de serviços relacionados a cartões de crédito e de débito, bem como outros meios de pagamento -, que suas atividades geram receita tributável a título de COFINS e, com o advento da Lei nº 10.865/04, dando nova redação ao art. 3º da Lei nº 10.833/03, criaram-se restrições ao crédito da aludida contribuição, em afronta à Constituição Federal, violando os princípios da não-cumulatividade, da isonomia, da capacidade contributiva, do não-confisco. Argui, ainda, que o disposto no § 4º, do art. 8º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal

SRF nº 404, de 12 de março de 2004, inclui no conceito de insumos tão somente os serviços prestados por pessoa jurídica, aplicados ou consumidos na prestação de serviço, sendo que a impetrante possui prestação de serviços que, embora não sendo aplicados ou consumidos na sua atividade (prestação de serviço), enquadra-se também na definição de consumo.

A medida liminar foi indeferida (fls. 118/123).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada.

A impetrante interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da referida decisão, ao qual foi negado seguimento, eis que prejudicado em razão da sentença (fl. 262).

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e denegou a segurança. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas nºs 105 do STJ e 512 do STF (fls. 179/189).

A impetrante interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença para que seja concedida a segurança pleiteada nos termos aduzidos na inicial. Alegou, ainda, desrespeito ao princípio da anterioridade pela Lei nº 10.865/04, a teor do art. 195, § 6º, da Constituição Federal (fls. 199/231).

Regularmente processado o recurso, e recebido apenas no efeito devolutivo, com contrarrazões da União (fls. 236/247), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 250/259).

É o relatório.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

No caso em exame, a impetrante insurge-se contra alterações perpetradas pela Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, no art. 3º, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que promoveram restrições ao creditamento a título de COFINS.

Inicialmente, não conheço do apelo da impetrante no que tange ao alegado desrespeito ao princípio da anterioridade nonagesimal pelo diploma legal impugnado, sob pena de supressão do duplo grau de jurisdição.

Passo à apreciação da parte conhecida do recurso.

Com efeito, os §§ 12 e 13, do art. 195 da Constituição Federal de 1988, incluídos pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, dispuseram que a *lei* definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições sociais de que tratam os incisos I, b, e IV, do *caput* do aludido dispositivo normativo, serão não-cumulativas.

Nesse diapasão, verifica-se que a lei magna delegou competência ao legislador ordinário para tal mister, qual seja, o de estabelecer os segmentos nos quais as contribuições sociais previstas no mencionado comando constitucional serão não-cumulativas.

Assim, ao contrário do que aduz a impetrante, ora recorrente, a não-cumulatividade, tal como prevista no art. 195 da CF, encontra-se adstrita ao crivo do legislador ordinário.

Ressalte-se que o princípio da não-cumulatividade era previsto na Constituição Federal apenas para o IPI (art. 153, IV, § 3º, II) e o ICMS (art. 155, II, § 2º, I), não alcançando as contribuições sociais previstas no artigo 195, inciso I. Destarte, a definição prevista nos citados dispositivos constitucionais não se aplica a estas últimas, para as quais somente com a Emenda nº 42/2003, passou o aludido princípio a ser “expressamente” previsto, estabelecendo que caberá à lei regulamentar os setores da atividade econômica em que devam tais contribuições ser não-cumulativas, o que importa em reconhecer a não obrigatoriedade da regra da não-cumulatividade para a generalidade dos casos e, conseqüentemente, a possibilidade de o legislador identificar outros critérios, situações jurídicas e condições para sua fixação, atendendo às peculiaridades individuais de cada setor da economia, e assim conferindo efetividade ao princípio da isonomia tributária (*vide* artigos 3º, I e II, 10 e 12, da Lei nº 10.833/03), o que até reforça, em uma compreensão genérica e global da sistemática constitucional para estas contribuições sociais, a regra do § 9º do mesmo artigo 195 da Constituição (incluído pela Emenda nº 20/98 e alterado pela Emenda nº 47/2005).

Ademais, a isonomia tributária deve ser aferida e concretizada pelo legislador diante das situações jurídicas específicas dos diversos setores econômicos, estabelecendo os créditos sujeitos a

desconto na operação seguinte para efeito de aperfeiçoar a não-cumulatividade, dentro de um critério de razoabilidade, não competindo ao Judiciário fazê-lo - criando hipótese de dedução não prevista ou excluída expressamente pela lei, regras que, em substância, importariam em exclusão de tributos, a teor do artigo 111, inciso I, do Código Tributário Nacional. Desse modo, à luz do princípio constitucional da igualdade/isonomia, nada impedia a adoção desta técnica de arrecadação tributária (não-cumulatividade) mesmo antes da EC nº 42/2003.

Por sua vez, não há que se cogitar da ocorrência de ofensa ao princípio da vedação ao confisco, o qual pressupõe, para que seja demonstrado, que a exigência fiscal, por si mesma, esteja eliminando o direito de propriedade ou inviabilizando o exercício da atividade econômica, o que não restou evidenciado neste *mandamus*.

No que respeita ao artigo 3º da Lei nº 10.833/03, com as alterações veiculadas pela Lei nº 10.865/04, cuida-se, *in casu*, de sistema de abatimento de crédito, com base no qual se permite, para fins de apuração da base de cálculo do tributo, deduzir as parcelas indicadas “por lei”, em atenção ao princípio da legalidade. Referido dispositivo legal estabelece que os contribuintes sujeitos ao pagamento da COFINS, com base na Lei nº 10.833/03, poderão deduzir, “nas situações jurídicas expressamente previstas no referido dispositivo legal”, créditos a título de COFINS.

Por seu turno, no que tange ao pedido sucessivo/alternativo da impetrante, ora recorrente, melhor sorte não lhe assiste, posto que o conceito de “insumo”, para fins de dedução de créditos a título de COFINS, encontra-se definido no comando legal disposto no inc. II, do art. 3º da Lei nº 10.833/03, resultando a IN SRF nº 404/2004 em consonância com o disposto no aludido dispositivo legal.

Verifica-se que a recorrente insurge-se quanto à base de cálculo da COFINS, objetivando a redução da incidência da exação mediante desconto de crédito não previsto no ordenamento jurídico vigente, ao contrário do que entende a impetrante/apelante, ao que cumpre salientar que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, haja vista que a redução da base de cálculo de tributo somente ocorre mediante expressa previsão legal, a cargo do Poder Legislativo, a teor do disposto no art. 97 do Código Tributário Nacional.

Desse modo, as alterações promovidas pela Lei nº 10.865/04 no art. 3º da Lei nº 10.833/03, no sentido de restringir créditos para fins de dedução da COFINS, atendem ao permissivo constitucional, não restando eivadas de inconstitucionalidade, haja vista que somente a lei pode autorizar exclusões ou deduções, bem como vedá-las, para fins de apuração da base de cálculo do tributo.

Na esteira desse entendimento, seguem julgados desta E. Corte:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DO ARTIGO 557 DO CPC - PIS E COFINS - FATURAMENTO - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DE DÉBITO - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE. I - O artigo 195 da Constituição Federal disciplina que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, mediante recursos provenientes dos orçamentos da Administração Pública e por meio de algumas contribuições sociais, dentre as quais as incidentes sobre a receita ou faturamento. Por sua vez, as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 definem o faturamento como “o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”, sendo que 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, *caput*, §§ 1º e 2º). II - No preço das mercadorias e dos serviços colocados à venda pelo estabelecimento agravante estão inclusos os custos do negócio e o lucro do comerciante, sendo que dentre os custos inclui-se a taxa de administração cobrada pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Aduzido custo cobrado pelas administradoras compõe o preço bruto das mercadorias e serviços fornecidos pela agravante, não podendo ser dissociado do conceito de faturamento ou renda bruta. III - Por se tratar de valores destinados a cobrir os custos do negócio, são receitas da própria empresa e não de terceiros (administradoras dos cartões).

IV - Não cabe ao Poder Judiciário conferir benefício fiscal se não houver previsão legal. Do rol das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 conclui-se que as despesas com administradoras de cartão de crédito não encontram autorização legal para exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS. V - Inexistência de violação ao princípio da não-cumulatividade, pois outorgou-se à lei infraconstitucional a tarefa de dispor sobre os limites objetivos e subjetivos da técnica de tributação. VI - Não se pode falar que se tratam de despesas com insumos para operação de vendas, uma vez que tem-se entendido que os insumos que ensejam o creditamento de PIS e COFINS são aqueles bens ou serviços diretamente utilizados na fabricação/produção dos produtos destinados à venda ou na prestação dos serviços. VII - Eventual provimento da pretensão da empresa impetrante caracterizaria ofensa ao princípio da legalidade, porquanto sujeitaria o Fisco à hipótese de exclusão tributária por simples deliberação entre particulares. VIII - Precedentes do TRF-1, TRF-3 e TRF-5. IX - Agravo improvido.”

(AMS 271091/SP, Des. Federal Relatora CECÍLIA MARCONDES, Terceira Turma, v.u., j: 24/01/2013, e-DJF3 Judicial 1 Data: 01/02/2013)

“MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES COFINS E PIS PELO REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE - LEIS Nº 10.637/02, 10.833/03 - DEFINIÇÃO DA NÃO-CUMULATIVIDADE DEPENDE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL - DEFINIÇÃO DE INSUMOS - ENCARGOS DE DEPRECIACÃO E AMORTIZAÇÃO - VEDAÇÃO DE CREDITAMENTO NAS AQUISIÇÕES DE PESSOAS FÍSICAS OU DESONERADAS - ARTIGO 31 DA 10.865/04. I - O princípio da não-cumulatividade estabelecido para as contribuições sociais pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, diverge daquela previsão constitucional originária (IPI e ICMS), dependendo de definição de seu conteúdo pela lei infraconstitucional, não se extraindo do texto constitucional a pretendida regra de obrigatoriedade de dedução de créditos relativos a todo e qualquer bem ou serviço adquirido e utilizado nas atividades da empresa, por isso mesmo também não se podendo acolher tese de ofensa ao artigo 110 do Código Tributário Nacional; II - Estando as regras da não-cumulatividade das contribuições sociais afetas à definição infraconstitucional, conclui-se que: 1º) o conceito de “insumo” para definição dos bens e serviços que dão direito a creditamento na apuração do PIS e COFINS deve ser extraído do inciso II do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, sem vício das regras insertas nas Instruções Normativas SRF nº 247/02 (artigo 66, § 5º, I e II, inserido pela IN nº 358/03) e nº 404/04 (artigo 8º, § 4º, I e II), não havendo direito de creditamento sem qualquer limitação para abranger qualquer outro bem ou serviço que não seja diretamente utilizado na fabricação dos produtos destinados à venda ou na prestação dos serviços; 2º) nada impede que uma das verbas previstas em lei venha a ser excluída pelo legislador, desde que observado o princípio da anterioridade nonagesimal, como estabelecido no artigo 31 da Lei nº 10.865/04, ao vedar o desconto de créditos apurados na forma do inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos imobilizados adquiridos até 30.04.2004; 3º) legítima a regra do inciso III do § 1º do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, que determina que o momento do creditamento das verbas a que se refere (incisos VI e VII do mesmo artigo) deve ser quando ocorre o lançamento dos respectivos encargos de depreciação e amortização; 4º) legítima a regra do § 2º (incisos I e II) do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, que impede o creditamento na entrada de bens e serviços adquiridos de pessoas físicas ou agraciados com desoneração das contribuições na etapa anterior da cadeia produtiva. III - Apelação da impetrante desprovida”.

(AMS 308875/SP, Relator Juiz Convocado SOUZA RIBEIRO, Terceira Turma, v.u., j: 26/03/2009, e-DJF3 Judicial 2 Data: 07/04/2009, p. 435)

“TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COFINS. LEI 10.833/03. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. MEDIDA DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DEDUZÍVEIS. OFENSA A PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A COFINS - Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social, muito embora tenha sido instituída pela Lei

Complementar nº 70/91, aprovada consoante os rigores do art. 69 da Carta Máxima, possui a natureza de lei materialmente ordinária, pois não versa sobre matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar. 2. A Lei nº 10.833/2003, posterior à Emenda Constitucional nº 20/98, que modificou o art. 195, I, *b*, da Constituição Federal, para incluir a receita, juntamente com o faturamento, como possível base de cálculo das contribuições à Seguridade Social, não sofre qualquer irregularidade do ponto de vista formal ou material. Precedentes. 3. A partir de 1º de fevereiro de 2004 a COFINS passou, validamente, a incidir sobre o faturamento mensal das pessoas jurídicas, assim entendido o total das receitas auferidas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. 4. O disposto no § 12 do artigo 195 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 42/03, não instituiu o regime não-cumulativo, de forma generalizada, às contribuições dos incisos I, *b* e IV, *caput*, reservando à legislação ordinária a sua regulamentação. 5. A ausência de previsão no Texto Maior da não-cumulatividade da Cofins não constitui óbice à sua instituição por lei. O que ocorre, na verdade, é que em havendo previsão constitucional, a lei não poderá dispor de maneira a violar o princípio. 6. A Medida Provisória nº 135/03, ao estabelecer a sistemática da Cofins não-cumulativa, mantendo o regime anterior para determinados contribuintes, não inovou na regulamentação da base de cálculo, nem tampouco da alíquota das contribuições sociais. 7. Referida medida, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/03, a bem da verdade, apenas fixou expressamente os limites objetivos para a distinção de bases de cálculo e alíquotas da Cofins em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra, já permitidas antes da edição da EC nº 20/98, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa ao art. 246 da CF. 8. A não-cumulatividade é prevista no Texto Maior apenas para o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e para o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de comunicação (ICMS), e não para a Cofins, de modo que a lei que a instituiu em relação à exação em comento não está regulamentando o Texto Maior. 9. O sistema de não-cumulatividade da COFINS difere daquele aplicado aos tributos indiretos (ICMS e IPI), nesse se traduz em um crédito, correspondente ao imposto devido pela entrada de mercadorias ou insumos no estabelecimento, a ser compensado com débitos do próprio imposto, quando da saída das mercadorias ou produtos, evitando-se, a denominada tributação em cascata. Por sua vez, a não-cumulatividade das contribuições sociais utiliza técnica que determina o desconto da contribuição de determinados encargos, tais como energia elétrica e aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos. 10. Somente os créditos previstos no rol do art. 3º da Lei nº 10.833/03 são passíveis de serem descontados para a apuração da base de cálculo da Cofins. Se o legislador ordinário houve por bem restringir o benefício a certos créditos, não cabe ao Poder Judiciário aumentá-lo ou limitá-lo sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. 11. A Cofins, assim como o PIS, apenas é exigida das pessoas jurídicas. Assim, por consequência lógica, não dão direito a crédito os valores pagos à pessoa física pela mão-de-obra prestada, bem como os produtos adquiridos de pessoas imunes e isentas e os não tributados ou tributados à alíquota zero. 12. Apelação improvida.”

(AMS 271091/SP, Des. Federal Relatora CONSUELO YOSHIDA, Sexta Turma, v.u., j: 23/4/2009, e-DJF3 Judicial 1 Data: 01/06/2009, p. 179)

Isto posto, conheço parcialmente do apelo e, quanto à parte conhecida, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso, porquanto manifestamente improcedente.

Em suma, a agravante alega que a r. decisão agravada não pode prevalecer em face das razões aduzidas de fls. 293/329 e, ao final, postula pela reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja esse o entendimento, pela apresentação do feito em Mesa para apreciação por esta C. Turma, sendo reformado o r. provimento hostilizado para conceder integralmente a segurança pleiteada, assegurando à impetrante o direito à apropriação dos créditos de

COFINS sem quaisquer condições e restrições ou, ao menos, relativamente aos “insumos” da sua prestação de serviços, em especial os gastos com promoções de suas marcas e com o uso dos cartões.

Mantida a r. decisão agravada, apresento o feito em Mesa

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Inicialmente, cumpre salientar que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil é aplicável ao caso em comento, porquanto existente jurisprudência dominante nesta E. Corte, acerca da matéria em debate, no mesmo sentido do entendimento adotado pela decisão recorrida.

Outrossim, vale mencionar que o julgado considerou a inexistência de pronunciamento definitivo dos Tribunais Superiores a favor da pretensão deduzida pela apelante, ora agravante, prevalecendo, para efeito de julgamento de mérito, a presunção de constitucionalidade das normas.

Desse modo, não merece acolhimento a alegação da agravante de que não seria aplicável o julgamento monocrático com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

No que tange ao mérito, compreendo que o agravo em exame não reúne condições de acolhimento, porquanto o r. provimento hostilizado foi prolatado em precisa aplicação das normas de regência e está adequado ao entendimento jurisprudencial predominante, mormente nesta E. Corte, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria atribuída por esta Colenda Turma, encontrando-se a espécie bem amoldada ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005170-89.2009.4.03.9999
(2009.03.99.005170-6)

Apelante: CENTRAL PARK COM. REPRESENTAÇÕES E LOGÍSTICA LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE JARDINÓPOLIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AC 1398152
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/11/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDÊNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO OCORRÊNCIA. COFINS. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA NA FORMA DA LC 70/91. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 3º, § 1º. INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍQUOTA. MAJORAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E PIS. LEGALIDADE. SÚMULAS NºS 68 E 94/STJ. JUROS SOBRE A MULTA. LEGITIMIDADE. ENCARGO DO DL 1.025/69. LEGALIDADE. SUBSTITUI OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. Não há que se falar em ausência de regular processo administrativo, uma vez que, em se tratando de tributo cujo lançamento é sujeito à declaração pelo sujeito passivo, havendo o não pagamento da quantia declarada, o ente político pode ajuizar a execução fiscal pertinente sem prévia notificação (Precedente: STJ, REsp 445.561/SC).
2. Sentença meramente integrada pelo acolhimento dos aclaratórios, nos termos do artigo 535, inciso II, do CPC.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 1/DF, assentou a constitucionalidade da cobrança da COFINS nos moldes fixados pela Lei Complementar nº 70/91.
4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).
5. Conquanto tenha aquela Corte Superior declarado a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo, entendeu constitucional a questão relativa à alíquota. Assim, permanece a constitucionalidade da majoração da alíquota da cofins para 3% (três por cento), promovida pelo art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.718, de 27/11/98, considerando ainda que a Lei Complementar nº 70, de 1991, possui “status” de lei ordinária, podendo ser alterada por diploma desta natureza.
6. Em 15/4/2010, houve a última prorrogação, por mais 180 (cento e oitenta) dias, da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das demandas que envolvessem a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 - possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS (ADC 18 QO3-MC/DF). Assim, essa prorrogação expirou em meados de outubro de 2010, razão pela qual não mais

subsiste o óbice ao julgamento das ações que versam sobre a matéria.

7. A questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, não comporta mais digressões, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, restando assentado o entendimento de que tal inclusão é constitucional e legal, haja vista que o ICMS é tributo que integra o preço das mercadorias ou dos serviços prestados para qualquer efeito, devendo, pois, ser considerado como receita bruta ou faturamento, base de cálculo das exações PIS e COFINS. Entendimento cristalizado nas Súmulas ns. 68 e 94/STJ.

8. “É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.” (STJ, REsp nº 1.129.990/PR)

9. É exigível, na cobrança de créditos da Fazenda Nacional, o encargo previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69, destinado ao ressarcimento de todas as despesas para a cobrança judicial da dívida pública da União.

10. Súmula 168, do extinto Tribunal Federal de Recursos: “O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.”

11. Por força do disposto no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC a partir do recolhimento indevido das parcelas, de forma exclusiva sobre o valor do crédito tributário expresso em reais, ou seja, sem a aplicação concomitante de outro índice, seja a título de juros ou correção monetária.

12. Apelação da União Federal e remessa oficial tida por interposta a que se dá parcial provimento para reformar a sentença nos termos explicitados neste acórdão.

13. Apelação da embargante a que se dá parcial provimento tão somente para afastar a condenação ao pagamento da verba advocatícia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial tida por interposta, nos termos do voto da Relatora, vencido o Desembargador Federal André Nabarrete, que deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, tida por interposta, em menor extensão, e parcial provimento à apelação da embargante.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Trata-se de embargos à execução em que se pleiteia a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, por ausência de homologação expressa do lançamento, inexigibilidade da multa, a não-cumulatividade da COFINS, inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo, exclusão do ICMS e ilegalidade da cobrança do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69 e, afinal, a ilegalidade da taxa SELIC.

O MM. Juízo *a quo*, em sentença integrada pelo acolhimento de embargos de declaração, julgou parcialmente procedente o pedido no sentido de declarar a ilegalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS e, por consequência, a redução da alíquota de 3% para 2%, excluir da base de cálculo o ICMS, afastar a incidência do referido encargo legal, condenando a embargada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 5% do valor atribuído à causa. Não submeteu ao reexame necessário.

Irresignadas, apelaram ambas as partes.

A embargante, reproduzindo os pedidos atinentes à nulidade da CDA, não-cumulatividade da COFINS nos moldes da Lei Complementar nº 70/91, exclusão da SELIC e dos juros sobre a multa, do encargo e dos honorários advocatícios.

A União Federal, por seu turno, alegando a nulidade da sentença, face ao caráter infrigente emprestado aos embargos, constitucionalidade da majoração das alíquotas e da base de cálculo da exação em comento, impossibilidade da exclusão do ICMS, e a legalidade do referido encargo legal.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relator): Em preliminar, dou por interposta a remessa oficial, a teor do disposto no artigo 475, I, do CPC.

Inicialmente, anoto que no que toca à alegação da autora, quanto à ausência de regular processo administrativo, vai esta de encontro à remansosa jurisprudência no sentido de que, em se tratando de tributo cujo lançamento é sujeito à declaração pelo sujeito passivo, havendo o não pagamento da quantia declarada, o ente político pode ajuizar a execução fiscal pertinente sem prévia notificação. Tal ocorre porque a informação que deu azo ao valor a ser cobrado foi dada pelo próprio contribuinte, mediante protocolo da DCTF - Declaração de Contribuições e Tributos Federais.

Por seu turno, a DCTF constitui documento de confissão de dívida e é instrumento hábil para a exigência do crédito nela declarado. Nesse sentido, prescreve o artigo 5º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.124, de 13.06.84, *in verbis*:

Art 5º O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

(...)

No sentido do entendimento que ora se adota, o E. Superior Tribunal de Justiça assim decidiu, *verbis*:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA X IMPOSTO DE RENDA. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, 58, DA LEI 9069/95, E 39, DA LEI 9250/95. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO IMPUGNADO. AÇÃO DAS SÚMULAS 282/STF E 126/STJ. ARTIGO 66, § 1º DA LEI 8383/91 NÃO VULNERADO. DECISÓRIO FUNDADO EM MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DCTF. IMPROCEDÊNCIA DAS AFIRMATIVAS DE NULIDADE DA CDA. DO LANÇAMENTO POR AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE CONSTITUIÇÃO IRREGULAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, NESTA PARTE, E DESPROVIDO.

1. Inexistente debate acerca dos artigos 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, 58, da Lei 9069/95, e 39, da Lei 9250/95, não se pode conhecer do Recurso Especial. Outrossim, encontrando-se o decisório guerreado basilado em fundamento constitucional no que diz respeito ao limite dos juros moratórios, sem que a parte interponha o competente Recurso Extraordinário, aplica-se o teor da Súmula 126, deste Sodalício.

2. Em que pese a menção no corpo do voto recorrido, do artigo 66, § 1º, da Lei 8383/91, este após tecer considerações acerca do mesmo, concluiu pela improcedência da compensação procedida ante a ausência de prova da liquidez e certeza do crédito compensado, o que atrai a incidência do verbete sumular nº 7, desta Corte Superior a impedir o conhecimento do recurso neste aspecto.

3. *Não procedem as alegações de nulidade da certidão de dívida ativa por ausência de regular processo administrativo fiscal, pois trata-se de lançamento por homologação, o qual foi devidamente apurado, declarado e confessado pelo devedor através de DCTF. Nos tributos lançados por homologação, a declaração do contribuinte, através da DCTF, elide a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco podendo ser, em caso de não pagamento no prazo, imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte.*

4. Descabe, também, a alegação de nulidade da CDA, por ausência de liquidez e certeza, uma vez que o crédito tributário goza desta presunção, a qual somente é elidível por prova inequívoca, não tendo a embargante êxito em demonstrar vício capaz de macular o título. Ademais, trata-se de débito apurado pelo próprio contribuinte, através de DCTF no qual os valores são lançados sobre as informações declaradas pelo próprio devedor.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 445.561/SC, Primeira Turma, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ DATA: 10/03/2003 PG: 00109) (destacou-se)

Ainda em preliminar, e de igual modo, falece, à míngua de fundamento, a alegação da União Federal atinente à suposta nulidade da sentença de fls. 65/68 dos autos, uma vez que meramente integrada pelo acolhimento de embargos declaratórios, para suprir as omissões lá apontadas, consoante os termos do disposto no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Da constitucionalidade da COFINS

A constitucionalidade da contribuição para financiamento da Seguridade Social (COFINS) - instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30-12-1991, como sucedâneo do FINSOCIAL - não é mais questionada.

Isso porque, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADC 1/DF, Relator Ministro Moreira Alves, decidiu pela constitucionalidade dessa exação, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, que não está sujeita às limitações do art. 195, § 4º c/c art. 154, I, da Constituição Federal. O referido precedente recebeu a seguinte ementa:

Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da

Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. COFINS.

- A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.

- Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS). Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como das expressões “A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social “contidas no artigo 9º, e das expressões “Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte nos noventa dias posteriores, aquela publicação, ...” constantes do artigo 13, todos da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

(ADC nº 1/DF, Relator Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 16/06/1995)

Logo, possuindo a decisão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, nos termos do § 2º, do artigo 102, da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93, resta superada a questão quanto a este ponto.

Portanto, constitucional e legítima é a cobrança da COFINS nos moldes estabelecidos pela LC 70/91.

Lei nº 9.718/98 - base de cálculo

A matéria de fundo já foi objeto de pronunciamento do C. STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que instituiu nova base de cálculo para a incidência de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).

Confira-se uma dessas ementas:

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. Sobrepe-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, juntando-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.

(RE 390840, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 15-08-2006 PP-00025 EMENT VOL-02242-03 PP-00372 RDDT nº 133, 2006, p. 214-215)

Ressalte-se que o Pretório Excelso, em 10/09/2008, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional, reafirmando a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema.

Assim, quanto à base de cálculo das contribuições em comento, a jurisprudência desta Corte Regional segue a orientação firmada pelo C. Supremo Tribunal Federal.

Lei nº 9.718/98, artigo 8º - majoração de alíquota

Contudo, conquanto tenha aquela Corte Superior declarado a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo, entendeu constitucional a questão relativa à alíquota. Assim, permanece a constitucionalidade da majoração da alíquota da COFINS para 3% (três por cento), promovida pelo art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.718, de 27.11.98, considerando ainda que a Lei Complementar nº 70, de 1991, possui *status* de lei ordinária e, assim, pode ser alterada por diploma desta envergadura (lei ordinária).

Com efeito, a jurisprudência do STJ afastou a alegação de inconstitucionalidade da majoração da alíquota da COFINS, fundada nos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, amparando-se no mesmo precedente do STF, que decidiu pela inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS/COFINS, na sessão plenária de 09 de novembro de 2005. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535. INOCORRÊNCIA. LEI 9.718/98. PIS E COFINS. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI COMPLEMENTAR 70/91 E LEI COMPLEMENTAR 7/70. NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, ARTIGO 3º, DA lei 9.718/98.

1. A Lei nº 9.718/98, na qual foi convertida a Medida Provisória nº 1.724/98, ao tratar das contribuições para o PIS/PASEP e da COFINS devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, estendeu o conceito de faturamento, base de cálculo das aludidas exações, definindo-o como a “receita bruta” da pessoa jurídica, vale dizer, “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”.

2. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e nº 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, sob o fundamento de que a concepção de faturamento inserta na redação original do artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, não poderia ter sido alargada para autorizar a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, revelando-se inócua a alegação de sua posterior convalidação pela EC 20/98, uma vez que eivado de nulidade insanável *ab origine*, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Na oportunidade, considerou-se que a aludida lei ordinária instituiu nova fonte destinada à manutenção da seguridade social, o que constitui matéria reservada à lei complementar, ante o teor do disposto no § 4º, artigo

195, c/c 154, I, da CF/88.

3. Outrossim, a Lei nº 9.715/98, na qual foi convertida a Medida Provisória nº 1.676-38/98, que dispõe sobre as contribuições destinadas ao PIS/PASEP, determina que as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, devem apurar mensalmente a exação com base no faturamento do mês.

4. Deveras, na mesma assentada de 09 de novembro de 2005, a Excelsa Corte afastou a argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.715/98, bem como do artigo 8º, da Lei nº 9.718/98, que majorou a alíquota da COFINS de 2% para 3%, incidente sobre o faturamento, assim definido como a receita bruta decorrente da venda de mercadoria, de mercadorias e serviços ou de serviços. Outrossim, restou assentada a desnecessidade de lei complementar para a majoração da contribuição cuja instituição se fundamenta no artigo 195, I, da CF/88.

5. Destarte, na mesma sessão plenária, conheceu-se do tema referente à constitucionalidade do regime de compensação diferenciado da COFINS com a CSLL, instituído pelo § 1º, do artigo 8º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o E. STF reafirmou a decisão exarada nos autos do Recurso Extraordinário nº 336.134/RS, segundo a qual: “Por efeito da referida norma, o contribuinte sujeito a ambas as contribuições foi contemplado com uma bonificação representada pelo direito a ver abatido, no pagamento da segunda (COFINS), até um terço do *quantum* devido, atenuando-se, por esse modo, a carga tributária resultante da dupla tributação. Diversidade entre tal situação e a do contribuinte tributado unicamente pela COFINS, a qual se revela suficiente para justificar o tratamento diferenciado, não havendo que falar, pois, de ofensa ao princípio da isonomia.” (RE 336134/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, maioria, DJ de 16.05.2003).

6. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional (a equiparação dos conceitos de receita bruta e faturamento a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.718/98 não se contrapõe à disciplina do artigo 195 da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional 20/98), descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

7. *In casu*, a insurgência especial dirige-se à aduzida ilegalidade da ampliação da base de cálculo do PIS promovida pela Lei nº 9.718/98, ante o teor do artigo 110, do CTN, bem como à alegada inconstitucionalidade da elevação da alíquota e do benefício da compensação, previstos no artigo 8º, do mesmo diploma legal, em desrespeito ao princípio da hierarquia das leis, impondo-se a submissão ao julgado da Corte Suprema, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso *sub examine*.

8. Consectariamente, o acórdão regional merece reforma apenas no que concerne à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, reconhecida pelo Pretório Excelso em sede de controle difuso, entendendo-se como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo, e deferir a compensação pretendida, na forma da lei.

(REsp 910.621/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 20/09/2007 p. 255)

As normas relativas à contribuição para o financiamento da seguridade social, por não serem reservadas à lei complementar, são materialmente tidas como dispositivos de lei ordi-

nária, como já assentou o STF, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 1-1 DF, merecendo destaque o voto do relator Min. Moreira Alves:

A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.

Destarte passíveis de alteração por lei ordinária as normas veiculadas pela Lei Complementar nº 70/91, sem que isto implique ofensa ao princípio da hierarquia das leis, não podendo por esta razão ser acoimado de inconstitucional o art. 8º da Lei nº 9.718/98.

Ademais, conforme já assentou o STF, as contribuições de seguridade social previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 195 da Constituição Federal não necessitam, para instituição ou modificação, de lei complementar, bastando, para tanto, ato normativo com força de lei ordinária. Neste sentido, destaco os seguintes julgados RE 146.733-SP; RE 138.284-CE; RE 150.764-PE, Pleno.

Não se trata de nova contribuição social, portanto, inaplicável o disposto no artigo 195, § 4º, da Constituição Federal. Por conseguinte, não há infringência ao artigo 154, I, da Carta Magna.

Da inclusão da parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo da COFINS e/ou do PIS.

Inicialmente registre-se que não mais existe o óbice ao julgamento da presente demanda, antes imposto por decisão liminar deferida pelo STF nos autos da Ação Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 18.

Com efeito, em 15/4/2010, houve a última prorrogação, por mais 180 (cento e oitenta) dias, da eficácia da citada liminar que suspendeu o julgamento das demandas que envolvessem a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 - possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS.

A decisão foi proferida em acórdão assim ementado:

TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - PROVIMENTO CAUTELAR - PRORROGAÇÃO DE SUA EFICÁCIA POR MAIS 180 (CENTO E OITENTA) DIAS - OUTORGA DA MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO “EX NUNC” (REGRA GERAL) - A QUESTÃO DO INÍCIO DA EFICÁCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - EFEITOS QUE SE PRODUZEM, ORDINARIAMENTE, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO, NO DJe, DA ATA DO JULGAMENTO QUE DEFERIU (OU PRORROGOU) REFERIDA MEDIDA CAUTELAR, RESSALVADAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS EXPRESSAMENTE RECONHECIDAS PELO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRECEDENTES (RCL 3.309-MC/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) - COFINS E PIS/PASEP - FATURAMENTO (CF, ART. 195, I, “B”) - BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO DO VALOR PERTINENTE AO ICMS - LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, INCISO I - PRORROGAÇÃO DEFERIDA. (ADC 18 QO3-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.3.2010, Pleno)

Assim, essa última prorrogação expirou em meados de outubro de 2010, razão pela qual não mais subsiste o óbice ao julgamento da presente ação.

Nucleia-se a questão sobre a inclusão da parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo da COFINS e/ou do PIS.

Não assiste razão à embargante.

A questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98, não comporta mais digressões, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, restando assentado o entendimento de que tal inclusão é constitucional e legal, haja vista que o ICMS é tributo que integra o preço das mercadorias ou dos serviços prestados para qualquer efeito, devendo, pois, ser considerado como receita bruta ou faturamento, base de cálculo das exações PIS e COFINS. Embora seja suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço, por meio do pagamento do preço, tal ônus constitui custo da empresa, não se caracterizando esta como agente meramente repassador do tributo, mas como seu contribuinte de direito.

Com efeito, a receita bruta, conforme disposto no artigo 519 do RIR/99 é aquela definida no artigo 224 e parágrafo único, compreendendo o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. Dentre as exclusões não se insere o ICMS referente às operações da própria empresa, pois integram o preço da mercadoria ou do serviço vendido.

Portanto, não se pode separar o valor do ICMS do faturamento, sob pena de se criar situação mais vantajosa para as empresas, em detrimento do contribuinte de fato do ICMS e da própria Fazenda Nacional.

Diferentemente do IPI, cujo valor é apenas destacado na nota fiscal e somado ao total do documento fiscal, mas não compõe o valor da mercadoria, o ICMS integra o faturamento, tal como definido no artigo 2º da LC nº 70/91 ou no artigo 3º da Lei nº 9.718/98, reafirmada na Lei nº 10.637/2002, já em consonância com a EC 20/98.

De fato, as Leis nºs 10.637 e 10.833/2003, que atualmente regulam o PIS e a COFINS, previram de forma expressa que tais contribuições incidiriam sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil. Considerando que o faturamento integra a receita, tal como definida hoje na legislação de regência, que ampliou os limites da antiga receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, que correspondia aos contornos do faturamento, nenhuma modificação, no que tange à necessidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS (receita), pode ser atribuída à superveniência das referidas leis.

De se concluir, pois, que não prospera a alegação de ofensa aos artigos 145, § 1º, e 195, inc. I, da Constituição Federal, posto que o ICMS é repassado no preço final do produto ao consumidor, de modo que a empresa tem, efetivamente, capacidade contributiva para o pagamento do PIS e da COFINS sobre aquele valor, que acaba integrando o seu faturamento.

A matéria, por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, está, de longa data, sumulada, nos seguintes termos:

Súmula 68: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.”

Súmula 94: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.”

Este entendimento até hoje é seguido por aquela Egrégia Corte, conforme pode-se aferir através dos julgados a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM SÚMULAS DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Não há violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, ao solucionar a controvérsia, analisa as questões a ele submetidas, dando aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, se coaduna com a espécie. O fato de interpretação não ser a que mais satisfaça a recorrente não tem a virtude de macular a decisão atacada, a ponto de determinar provimento jurisdicional desta Corte, no sentido de volver os autos à instância de origem, mesmo porque o órgão *a quo*, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de reconhecer a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas ns. 68 e 94/STJ.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no AI nº 1.109.883/PR - Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES - DJe 08.02.2011)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - LEGALIDADE - SÚMULAS 68 E 94, AMBAS DO STJ - EFEITOS INFRINGENTES - IMPOSSIBILIDADE.

1. A controvérsia essencial destes autos restringe-se à inclusão do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, ICMS, na base de cálculo do PIS, do FINSOCIAL e da COFINS.

2. Resta evidente a pretensão infringente buscada pela embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende seja aplicado, ao caso dos autos, entendimento diverso ao já iterativamente firmado pela jurisprudência do STJ; qual seja: legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL, assim como da COFINS, tributo de mesma espécie.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 741659 Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS - DJ 12.09.2007 - p. 183)

Por fim, nada obstante a matéria esteja sob análise do E. STF, no Recurso Extraordinário nº 240.785, este processo ainda não findou, encontrando-se com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Assim, à míngua de decisão definitiva acerca da matéria, mantenho o entendimento consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

Juros de mora sobre a multa

Nesse ponto, pacífico o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário com atribuição constitucional para a interpretação da legislação federal, sobre a legitimidade da incidência dos juros de mora sobre multa, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de

que: “É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.”

(REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1335688/PR - Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES - PRIMEIRA TURMA - j. 04/12/2012 - DJe 10/12/2012 - RDDT vol. 211 p. 211)

Do encargo previsto no DL n° 1.025/69

Não há como excluir do débito inscrito, o encargo do DL n° 1.025/69.

De início, ressalte-se que o encargo de 20% previsto no artigo 1° do Decreto-Lei n° 1.025/69 presta para cobrir todas as despesas relativas à arrecadação de tributos não recolhidos, não sendo mero substituto da verba honorária.

Com efeito, dispõe o artigo 1° do DL n° 1.025, de 21.10.1969:

Art. 1° - É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei n° 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1°, inciso II, da Lei n° 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.

Depreende-se, pois, da leitura do artigo 1° do DL n° 1.025 /69 que esse dispositivo, além de fixar encargo a ser pago pelo executado, em montante equivalente a 20% (vinte por cento), esclarece que esse pagamento se faz a título de renda do Estado, e não de honorários advocatícios.

Como bem esclareceu o e. Ministro Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do REsp n° 154.765/MG, “... Como se percebe, o acréscimo determinado pelo DL 1.025 /69 constitui uma sanção, cominada ao devedor recalcitrante, em percentagem legalmente fixada. Não se confunde com os honorários de sucumbência, previstos no Art. 20 do Código de Processo Civil. Não é lícito ao juiz reduzir-lhe a alíquota”. (DJ de 1°.06.98)

Outrossim, resta assentado no E. Superior Tribunal de Justiça que, após a edição da Lei n° 7.711/88, cujo artigo 3° disciplinou a questão acerca da cobertura de despesas destinadas a atos judiciais referentes à propositura ação, o encargo previsto no DL n° 1.025 /69 passou a cobrir despesas com a arrecadação da dívida ativa da União, *abrangendo inclusive honorários advocatícios*.

Legítima, pois, a cobrança do encargo de 20% previsto no artigo 1° do Decreto-lei 1.025 /69, o qual serve, conforme de depreende do artigo 3° da Lei n° 7.711/88, para cobrir as despesas relativas à arrecadação dos tributos não recolhidos, além de substituir, nos embargos, a condenação do devedor em honorários, conforme estabelece a Súmula 168, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*:

Súmula 168. O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei n° 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.

Nesse contexto, esse encargo não pode ser excluído da dívida ativa da União, posto decorrente de lei.

Da taxa SELIC

Dispõe o § 1º do artigo 161 do CTN, *litteris*:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês.

Denota-se que a referência ao percentual de 1% (um por cento), a título de juros de mora, no dispositivo supracitado, não exclui a possibilidade da legislação estabelecer outro índice.

Destarte, uma vez que a lei dispôs que os juros de mora são equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulados mensalmente, não merece acolhida a alegação de ilegalidade quanto à sua cobrança, porquanto há norma específica, a saber, o artigo 13 da Lei nº 9.065 de 20.06.1995 c/c o artigo 84, inciso I, da Lei nº 8.981 de 20.01.1995, estabelecendo a incidência dessa taxa para pagamentos de tributos federais feitos a destempo.

Registre-se que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC é composta por duas parcelas: uma, relativa aos juros e outra, pertinente à correção monetária.

Em suma, com relação à hipótese em tela, não há óbice para utilização da taxa SELIC, conforme entendimento já sufragado pelo E. STJ, em julgado submetido ao rito do artigo 543 do CPC:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA.

1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade. Precedentes: Eresp nº 265.005 - PR, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 12.09.2005, p. 196; Eresp nº 398.182-PR, Primeira Seção, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 03.11.2004, p. 122 e RSTJ vol. 186, p. 93; Eresp nº 418.940-MG, Primeira Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003, p. 204. Precedente em sede de recurso representativo da controvérsia: REsp. nº 879.844 - MG, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2. No caso das contribuições sociais regidas pela Lei nº 8.212/91, a aplicação da taxa SELIC na cobrança de tais tributos teve início com a publicação em 28.06.1997, da Medida Provisória nº 1.523-10, de 27.06.1997.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1252745/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 14/08/2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE. SÚMULA 436/STJ. LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. RESP 879.844/MG, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 25.11.2009 (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento desta Corte de que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a declaração do contribuinte é modo de constituição do crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco. Assim, torna-se exigível o crédito independentemente de homologação formal ou notificação prévia do contribuinte.

2. Esta Corte, no julgamento do REsp 879.844/MG, representativo de controvérsia, reconheceu a legalidade da aplicação da Taxa SELIC na correção dos débitos que os contribuintes tenham para com as Fazendas Municipal, Estadual e Federal.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1372357/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 30/04/2012)

Finalmente, ressalte-se que, nos termos do art. 13 da Lei 9.065/95, a taxa SELIC incide nas dívidas fiscais, a partir de 1º/04/1995, como índice de juros e correção, e não a partir da EC nº 40/2003, que revogou o § 3º do artigo 192 da CF/88, mesmo porque, vale lembrar que, consoante entendimento sufragado pelo C. Supremo Tribunal Federal, esse dispositivo carecia de regulamentação para ter eficácia, vez que se destinava ao mercado financeiro relativamente à concessão de crédito e não no que tange a débitos fiscais.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial tida por interposta para reformar a sentença nos termos aqui explicitados, e parcial provimento à apelação da embargante tão somente para afastar a condenação dos honorários advocatícios, uma vez que, conforme acima anotado, resta substituído pelo encargo de que trata o Decreto-Lei nº 1.025/69.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0031895-37.2012.4.03.0000

(2012.03.00.031895-4)

Agravante: RIOTO SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Agravante: RIOTO SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO LTDA.

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AI 490463

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2013

EMENTA

PROCESSO CIVIL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO SENDO AGRAVO LEGAL. PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/09 - REFIS. PORTARIA CONJUNTA PGN/RFB Nº 06/2011. REQUISITOS À CONSOLIDAÇÃO DOS DÉBITOS. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- O recurso de embargos de declaração ora em análise pretende rediscutir a causa decidida monocraticamente, assumindo, dessarte, caráter infringente. Assim, consoante iterativa jurisprudência, deve ser recebido como sendo agravo legal, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

- Como bem salientado na r. decisão, a adesão ao parcelamento é faculdade do contribuinte, que deve observar rigorosamente as determinações legais. O erro foi exclusivamente perpetrado pelo contribuinte, quando aderiu a modalidades de débitos equivocadas, bem assim deixou de retificar o ato de opção pela modalidade correta no prazo próprio.

- Os documentos trazidos aos autos indicam que, ao contrário do que sustentou o agravante, o parcelamento não foi rescindido, mas sequer foi instituído.

- Com efeito, o agravante efetuou pedidos de parcelamento nos termos da Lei nº 11.941/2009 em 5/11/2009 (fls. 56) - o qual havia sido consolidado, e, em 9/6/2010, "inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009" (fls. 57), sobre o qual discorre o despacho nº 1.493/2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, datado de 31/10/2011: "não se enquadram na modalidade aderida pelo Interessado, qual seja, PGFN-DEMAIS-ART. 1º, sendo que, a indicação correta seria a modalidade PGFN-DEMAIS-ART. 3º, da Lei 11. 941/09, opção esta que deveria ter sido feita pelo interessado em ocasião própria. Saliente-se que a Portaria Conjunta PGFN/RFB 02/2011, possibilitou ao contribuinte retificar ou incluir novas modalidades no parcelamento da Lei 11.941/09, até a data limite de 31/03/2011 (artigo 1º, inciso I, alínea "b", da Portaria Conjunta PGFN/RFB 02/2011)" (fls. 68/69).

- Após o vencimento das fases de opção por modalidade e inclusão de débitos e retificação de modalidade, o parcelamento não pode ser alterado a critério ou no interesse unilateral do contribuinte, como aqui pretendido.

- Não se trata de erro formal, corrigível a qualquer tempo, nem existe prova nos autos de falha do sistema no sentido de impedir a retificação da opção pela modalidade de parcelamento no prazo previsto na legislação. O que se vê é que, na verdade, o erro

foi exclusivamente do contribuinte, quando aderiu a modalidades de débitos equivocadas, deixando de retificar o ato de opção pela modalidade correta no prazo próprio.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de outubro de 2013.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Trata-se de embargos de declaração opostos por Rioto Segurança e Medicina do Trabalho Ltda., contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento, para manter a r. decisão que, em sede ação declaratória, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, pela qual busca a sua imediata reintegração no programa de parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009 e na Portaria Conjunta PGN/RFB nº 06/2011, bem como que seja declarada a suspensão da exigibilidade de todos os créditos tributários já inscritos, nos termos dos art. 151, III e VI e 155-A, do CTN, art. 1º da Lei nº 11.941/2009.

Em sede destes embargos a agravante alega, em síntese, que houve contradição no julgado, uma vez que o *decisum* embargado não levou em conta que à vista da omissão da pleiteante em promover a retificação da modalidade de parcelamento, a administração pública estaria obrigada a cientificar a contribuinte tempestivamente, a fim de que corrigisse o erro, ao invés de tê-la excluído do programa.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Cuida, na hipótese, de embargos de declaração opostos em face da r. decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento, para manter a r. decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade em que pugnava pelo reconhecimento da prescrição intercorrente para o redirecionamento da ação.

Nota-se, todavia, que o recurso ora em análise pretende rediscutir a causa decidida monocraticamente, assumindo, dessarte, caráter infringente. Assim, consoante iterativa jurisprudência, deve ser recebido como sendo agravo legal, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO DE QUE TRATA A RESOLUÇÃO STJ Nº 12/2009. NATUREZA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE SÓ UMA RECLAMAÇÃO IMPUGNAR ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM DIFERENTES AÇÕES.

1. Consoante se depreende das razões recursais, as embargantes, a pretexto de existência de omissão na decisão recorrida, pretendem, na verdade, emprestar efeitos modificativos aos declaratórios. Assim sendo, em face do nítido caráter infringente, recebe-se os embargos de declaração como agravo regimental, fundamentado nos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.

2. (...).

6. Agravo regimental desprovido.

(STJ; 2ª Seção; Proc. EDRCL 201002139008; Rel. Min. RAUL ARAÚJO; DJE 17/02/2011).
Grifos nossos

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE CLÁUSULA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 10. INEXISTÊNCIA, *IN CASU*, DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADMINISTRATIVO. HOMOLOGAÇÃO DE CERTIFICADO. CURSO DE VIGILANTE. INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO. PROFISSIONAL INDICIADO CRIMINALMENTE. POSSIBILIDADE DE REGISTRO. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Admite-se o recebimento de embargos declaratórios opostos à decisão monocrática do relator como agravo interno, em atenção aos princípios da economia processual e da fungibilidade recursal.

2. (...).

5. Agravo regimental não provido.

(STJ; Proc. EERESP 200901299391; Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; DJE 08/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AUXÍLIO-TRANSPORTE PAGO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STF. REALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS.

1. Por inexistir omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada e pelo princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes Aclaratórios como Agravo Regimental.

2. (...).

7. Agravo Regimental parcialmente provido.

(STJ; Proc. EDRESP 201000754250; 2ª Turma; Rel. Min. HERMAN BENJAMIN; DJE 02/02/2011)

Assim, passo ao exame dos presentes embargos como agravo legal.

Para deslinde da questão transcrevo a decisão agravada:

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por RIOTO SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO LTDA., em face de decisão que, em ação ordinária, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, pela qual busca a imediata (re)inclusão da parte autora no programa de parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009 e na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06/2011, bem como que seja declarada a suspensão da exigibilidade de todos os créditos tributários já inscritos, nos termos dos arts. 151, III e VI e 155-A, do CTN, e art. 1º da Lei nº 11.941/2009. Sustenta a agravante, em síntese, que não concorreu para que a sua exclusão do programa de parcelamento fiscal se operasse, pois não lhe foi dada a possibilidade de promover a alteração na modalidade de enquadramento. Aduz a ilegalidade da motivação que culminou com a exclusão da agravante, pois proferida intempestivamente, além de não permitir ao contribuinte a possibilidade de corrigir erro indicativo do artigo de lei, conforme se infere do despacho nº 1493/2011, de 31.10.2011, cujo teor somente veio ter conhecimento em 16.01.2012, muito tempo após haver esgotado o prazo para indicação da correta modalidade (31.03.2011).

Requer o provimento do agravo para que seja concedida a tutela antecipada, determinando-se a reinclusão da parte autora no programa de parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009. Às fls. 85/85v., foi indeferido o efeito suspensivo.

O MM. Juízo *a quo* prestou informações às fls. 86/88.

A agravada ofereceu respostas às fls. 90/92.

É o breve relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 11.941/2009 instituiu novo programa de parcelamento dos débitos administrados pela Receita Federal do Brasil - RFB - e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN. A Portaria Conjunta da PGFN/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009, estabelece, em seu artigo 15, § 3º, o cancelamento do pedido de parcelamento do sujeito passivo que não prestar as informações necessárias à consolidação dos débitos no prazo estipulado, *sem direito ao restabelecimento dos parcelamentos rescindidos*:

“Art. 15. Após a formalização do requerimento de adesão aos parcelamento s, será divulgado, por meio de ato conjunto e nos sítios da PGFN e da RFB na Internet, o prazo para que o sujeito passivo apresente as informações necessárias à consolidação do parcelamento.

(...)

§ 3º O sujeito passivo que aderiu aos parcelamento s previstos nesta Portaria que não apresentar as informações necessárias à consolidação, no prazo estipulado em ato conjunto referido no caput, terá o pedido de parcelamento cancelado, *sem o restabelecimento dos parcelamento s rescindidos, em decorrência do requerimento efetuado.*” (grifos meus)

A adesão ao parcelamento é faculdade do contribuinte, que deve observar rigorosamente as determinações legais. Não há desproporcionalidade, visto que é favor fiscal. A agravante não está obrigada a aderir e, ao fazê-lo, deve seguir rigorosamente todas as determinações legais. Além disso, “aderindo ao programa, ao mesmo tempo em que o devedor passa a fazer jus ao regime especial de consolidação e parcelamento dos seus débitos fiscais, fica também sujeito às suas condições, que por expressa disposição legal são tidas como aceitas de forma plena e irretroatável”. (AC 00313118220084039999, Desembargador Federal Márcio Moraes, TRF-3ª Região - Terceira Turma, DJF3 Data: 14/10/2008)

Outrossim, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que a portaria somente regulamenta o artigo 12 da Lei nº 11.941/2009:

“Art. 12. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de suas respectivas competências, editarão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de publicação desta Lei, os atos necessários à execução dos parcelamentos de que trata esta Lei, inclusive quanto à forma e ao prazo para confissão dos débitos a serem parcelados.”

Nesse sentido, merece destaque o seguinte julgado, *in verbis*:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/09 - REFIS. PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB 6/2009. REQUISITOS À CONSOLIDAÇÃO DOS DÉBITOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que o parcelamento não configura direito do contribuinte, que possa ser invocado independentemente de lei ou sem a observância dos requisitos previstos em legislação específica (artigo 155-A, CTN). Assente que o contribuinte não pode auferir o benefício do parcelamento sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

2. Com relação ao parcelamento da Lei 11.941/2009, a Portaria conjunta PGFN/RFB 2, de 03/02/2011, fixou prazos determinados de prestação de informações necessárias à consolidação dos débitos. Caso em que não consta que tais informações tenham sido prestadas no prazo, conforme determina a Portaria conjunta PGFN/SRF 2/2011, para consolidação dos débitos.

3. A penalidade à falta de apresentação de informações no prazo é o cancelamento do pedido de parcelamento, conforme prevista no artigo 15, § 3º, da Portaria conjunta PGFN/RFB 6/2009.

4. A fase de consolidação no parcelamento da Lei 11.941/2009, a ser cumprida a tempo e modo, é etapa obrigatória do acordo, da qual não pode o Poder Judiciário liberar o contribuinte, tampouco relevar o descumprimento das condições legal ou normativamente estatuídas, que a todos se aplicam, e que não podem deixar de gerar efeitos jurídicos. O fato de vencer etapas anteriores não exige o contribuinte de cumprir as posteriores, nem lhe é facultado escolher quais exigências cumprir ou quando cumpri-las, auferindo privilégio em relação aos demais contribuintes, sujeitos às mesmas regras. O fato de cumprir etapa anterior, ainda que revelasse boa-fé, não exige que o descumprimento de outras exigências seja pautada pela má-fé, não se trata de avaliar elemento subjetivo da conduta, mas a reciprocidade das obrigações estabelecidas para a validade do ato ou negócio jurídico.

5. As informações omitidas não dizem respeito apenas à indicação dos débitos a parcelar, quando já anteriormente tenha sido declinado parcelamento total, ou ao número de prestações que se pretende, mas destacam, em especial, a exigência de apontamento dos “montantes de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSL a serem utilizados em cada modalidade de que trata o inciso II do § 4º do art. 27 da Portaria conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009” (artigo 9º, III).

6. Neste aspecto o acordo fiscal envolve, não parcelamento, mas, na verdade, compensação de débitos fiscais com prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSL, o que evidencia a pertinência, essencialidade - e não apenas a utilidade - da informação, não do débito a ser compensado, mas do valor a favor do contribuinte, sob a forma legalmente especificada (IRPJ e CSL), a ser usado na extinção do crédito tributário. Verificar a existência e suficiência de prejuízos fiscais ou bases de cálculo negativas da CSL depende de informações prestadas pelo contribuinte, configurando aspecto essencial para a consolidação do acordo de parcelamento, pois somente depois de excluídos débitos fiscais por tal forma de regularização, é possível apurar e calcular os valores mensais a serem objeto de recolhimento na execução específica do parcelamento.

7. Não se trata, portanto, de mera formalidade, omissão sem efeito ou relevância jurídica, mas efetivo descumprimento de regra essencial para executar concretamente o parcelamento, retirando-lhe a eficácia e, assim, legitimando que o contribuinte seja excluído do acordo celebrado, por infração a que deu causa por violação de regra da qual tinha ciência, e cujo

descumprimento não restou, de modo algum, justificado por razão jurídica que pudesse revelar-se proporcional ou razoável.

8. Ao contrário, o que defendeu a impetrante em Juízo foi, na verdade, que regras de parcelamento não precisam ser cumpridas, e sequer necessário que se declare ou prove qualquer impedimento, pois sempre será desproporcional ou desarrazoada a exclusão, abrindo caminho, pois, para quebra do caráter recíproco e bilateral do acordo, se admitido que uma parte goze de imunidade a sanções ou penalidades aplicáveis a infrações ou descumprimentos, em que incidir.

9. A demonstração, mormente em mandado de segurança, do efetivo impedimento à prestação das informações para a consolidação dos débitos no parcelamento, tem por finalidade justamente comprovar a existência do direito líquido e certo da impetrante ao restabelecimento do pedido.

10. A impetrante afirma que, em consulta ao sistema informatizado da RFB realizada em 30/06/2011, com o intuito de apresentar as informações solicitadas em relação aos “demais débitos”, apenas obteve a informação de que seria necessário comparecer a uma unidade da RFB. Sucede que a ausência de prova de tal impedimento não permite excluir outras hipóteses em que, de forma legítima, o acesso ao sistema não mais seria possível, como ocorreria no caso da própria extemporaneidade do ato frente aos prazos normativamente fixados.

11. O § 2º do artigo 1º da Portaria conjunta PGFN/RFB 2, de 3 de fevereiro de 2011, e artigo 2º da Portaria conjunta PGFN/RFB 4, de 24 de maio de 2011, elencam os procedimentos que, obrigatoriamente, deverão ser cumpridos a fim de consolidar os débitos objeto de parcelamento.

12. Não se trata de discutir boa ou má-fé, pois a boa-fé não dispensa o cumprimento de prazos, formalidades e procedimentos legais do parcelamento, que se fossem dispensados para uns, e exigidos de outros, evidenciaria prática em detrimento não apenas da legalidade, como da isonomia.

13. Agravo inominado desprovido.”

(TRF3, 3T, AI Nº 0012224-28.2012.4.03.0000/SP, RELATOR: Desembargador Federal CARLOS MUTA, J. 6/9/2012)

No caso em análise, os documentos trazidos aos autos indicam que, ao contrário do que sustentou o agravante, o parcelamento não foi rescindido, mas sequer foi instituído.

Com efeito, o agravante efetuou pedidos de parcelamento nos termos da Lei nº 11.941/2009 em 5/11/2009 (fls. 56) - o qual havia sido consolidado, e, em 9/6/2010, “inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009” (fls. 57), sobre o qual discorre o despacho nº 1.493/2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, datado de 31/10/2011: “não se enquadram na modalidade aderida pelo Interessado, qual seja, PGFN-DEMAIS-ART. 1º, sendo que, a indicação correta seria a modalidade PGFN-DEMAIS-ART. 3º, da Lei 11.941/09, opção esta que deveria ter sido feita pelo interessado em ocasião própria. Saliente-se que a Portaria Conjunta PGFN/RFB 02/2011, possibilitou ao contribuinte retificar ou incluir novas modalidades no parcelamento da Lei 11.941/09, até a data limite de 31/03/2011 (artigo 1º, inciso I, alínea “b”, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 02/2011)” (fls. 68/69).

Após o vencimento das fases de opção por modalidade e inclusão de débitos e retificação de modalidade, o parcelamento não pode ser alterado a critério ou no interesse unilateral do contribuinte, como aqui pretendido.

Não se trata de erro formal, corrigível a qualquer tempo, nem existe prova nos autos de falha do sistema no sentido de impedir a retificação da opção pela modalidade de parcelamento no prazo previsto na legislação. O que se vê é que, na verdade, o erro foi exclusivamente do contribuinte, quando aderiu a modalidades de débitos equivocadas, deixando de retificar o ato de opção pela modalidade correta no prazo próprio.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, *nego seguimento* ao agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos a Vara de origem.

Intime-se (...)

Deveras, como bem salientado na r. decisão, a adesão ao parcelamento é faculdade do contribuinte, que deve observar rigorosamente as determinações legais. O erro restou perpetrado exclusivamente pelo contribuinte, quando aderiu a modalidades de débitos equivocadas, bem assim deixou de retificar o ato de opção pela modalidade correta no prazo próprio.

Dessa forma, inviável o inconformismo autoral.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Sentenças



AÇÃO ORDINÁRIA

0009763-92.2007.4.03.6100

Autora: ASTRAZENECA AB

Réu: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI

Assistente Simples: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2013

Vistos em sentença.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por ASTRAZENECA AB em face do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, objetivando, em síntese, i) a anulação da decisão que indeferiu a concessão da patente PI 9508292-1 no que tange aos compostos compreendidos nas reivindicações 26-29, com a consequente remessa do pedido de proteção para análise da ANVISA, na forma prevista no art. 229-C, da Lei de Propriedade Industrial; ii) a obtenção de provimento jurisdicional que determine ao requerido o prosseguimento do exame das reivindicações 1-25 do pedido de patente PI 9508292-1, sem aplicação dos proibitivos previstos nos arts. 229-A, 230 e 231 da LPI.

Aduz a autora haver desenvolvido a invenção intitulada “PROCESSOS PARA A SÍNTESE ENÂNCIO-SELETIVA DE UM COMPOSTO, (-)-5-METÓXI-2-[[[(4-METÓXI-3,5-DIMETIL-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, COMPOSTO, E USO DOS COMPOSTOS”, que foi objeto do pedido de patente na Suécia - nº 9402510-3 de 15.07.1994, o qual, com base na Convenção da União de Paris - CUP, originou o pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995. Esclarece a requerente que além da Suécia e outros países, também foi designado o Brasil para proteção da invenção revelada, sendo que referido pedido internacional entrou na fase nacional brasileira em 15.01.1997, originando o presente pedido de patente nº PI 9508292-1.

Sustenta a demandante que no dia 28 de junho de 2002 o INPI proferiu parecer no sentido de que “(...) nas buscas efetuadas não foram encontradas anterioridades impeditivas. O objeto do pedido apresenta aplicação industrial e atende às disposições da legislação em vigor. O pedido encontra-se em condições de obter o privilégio requerido.”

Em conformidade com o disposto no art. 229-C da LPI, o INPI remeteu o pedido de patente para ser examinado pela ANVISA, que, extrapolando a sua competência fixada pela Lei nº 9.782/99, analisou os requisitos de patenteabilidade do PI 9508292-1, proferindo parecer contrário à concessão do pedido.

Assevera a requerente que quando do retorno dos autos do procedimento administrativo ao INPI, para sua surpresa, o requerido acatou o parecer da ANVISA, que não se limitou a aspectos de saúde pública, que é seu dever, tratando, ao contrário, de aspectos da propriedade

industrial. Em consequência, o INPI mudou seu entendimento original, proferindo novo parecer no sentido de que a) os compostos compreendidos nas reivindicações 26-29 não preenchem o requisito da novidade, estipulado no art. 8º da Lei nº 9.279/96. Além disso, não podem ser definidos pelas etapas do processo, pois deveriam ser definidos pela sua forma estrutural, de acordo com as diretrizes do próprio INPI e em conformidade com o art. 25 da mencionada norma; b) a matéria definida nas reivindicações 1-25 dizem respeito a um processo de preparação de um produto químico-farmacêutico, que à época do pedido não era patenteável por força do disposto nos arts. 229-A, 230 e 231 da LPI.

A autora interpôs recurso administrativo contra o indeferimento do pedido de patente, não logrando êxito, todavia, visto que em 27 de junho de 2006 houve a publicação do parecer final de indeferimento de seu pleito.

Irresignada, ajuíza a presente ação a fim de comprovar que o pedido de patente PI 9508292-1 preenche os requisitos legais para que seja deferido.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 23/210.

A decisão de fl. 213 deferiu o pedido para que a autarquia publicasse em seu sítio eletrônico e na Revista de Propriedade Industrial a informação de que o prazo de proteção da patente nº PI 9508292-1 encontrava-se *sub judice*.

Foram opostos embargos de declaração pela requerente (fls. 218/219), que, acolhidos, resultaram na modificação da decisão de fl. 213. Passou a constar que o pedido de patente PI 9508292-1 encontrava-se *sub judice*. (fls. 231/232).

Citado, o INPI ofertou sua contestação às fls. 239/252. Sustentou, preliminarmente, a necessidade de prestação de caução pela autora por tratar-se de sociedade empresária estrangeira (art. 835, do CPC). No mérito aduziu, em suma, que o art. 229, em sua redação original, era categórico no sentido de que os pedidos em andamento, referentes à patenteabilidade de substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, só seriam privilegiáveis nas condições estabelecidas nos art. 230 e 231 da LPI. Esclarece a autarquia que o art. 230 refere-se ao instituto que se convencionou chamar de *pipeline*, patente cujo exame de patenteabilidade não é feito pela Autoridade Nacional, mas cuja revalidação reporta-se à verificação, por uma autoridade estrangeira, de seus requisitos de privilegiabilidade, atendidos alguns requisitos específicos.

Nesse sentir, alega o INPI que não obstante a previsão do art. 229 da LPI, a autora não exerceu seu direito por meio do instituto *pipeline*, pelo que não pode pretender impor sua pretensão *contra legem*.

No que concerne à alegação de aplicabilidade do acordo TRIPS, entende a autarquia que a obrigação do Estado Brasileiro em incorporar os critérios do TRIPS em seu ordenamento pátrio não remete à data de 01.01.1995, mas sim à data de 01.01.2000, conforme art. 65(2) do acordo.

Por fim, em relação ao pedido para patenteamento do composto farmacêutico, defende o INPI que a requerente não logrou êxito em afastar as anterioridades apontadas, consistentes nos documentos US 5035899, de 30.07.91; US 5045552, de 03.09.91; o artigo de Yamada, S e o artigo de Strigs – Nelson K.

Réplica às fls. 268/288.

Instadas as partes, a postulante pugnou pela produção de prova pericial (fls. 287/288), ao passo que o INPI requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 294).

O despacho de fl. 470, tendo em vista a impugnação da parte autora ao pedido de intervenção no feito formulado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS, determinou o desentranhamento das petições de fls. 299/401 e 408/457 para autuação em apartado, conforme preconizado pelo art. 51, I, do CPC.

Às fls. 497/500 foi trasladada para estes autos cópia da decisão proferida nos autos do processo nº 2008.61.00.029034-8, a qual indeferiu o ingresso da ASSOCIAÇÃO PRÓ-GENÉRICOS na qualidade de assistente simples do réu.

A decisão de fl. 501 acolheu a preliminar de necessidade de prestação de caução pela demandante, pelo que determinou o depósito do valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A requerente efetuou o depósito do valor fixado a título de caução (fls. 502/503).

Consta às fls. 549/552v cópia da decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Região nos autos do recurso de agravo de instrumento interposto pela ASSOCIAÇÃO PRÓ-GENÉRICOS em face da decisão que indeferiu o seu pedido de intervenção no feito. Foi dado provimento ao recurso.

Manifestação da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS às fls. 584/589, por meio da qual requer o julgamento antecipado da lide.

O despacho de fl. 590 determinou ao INPI a juntada de cópia integral do processo administrativo atinente ao pedido de patente objeto da presente demanda, o que foi devidamente cumprido às fls. 594/993.

A decisão saneadora de fls. 1020/1022 deferiu o pedido para produção de prova pericial.

As partes ofertaram seus quesitos às fls. 1032/1036; 1061/1067; 1078/1104; 1108/1117 e 1156/1166.

A ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS interpôs agravo de instrumento (fls. 1037/1057) em face da decisão que deferiu a realização de perícia, sendo que o E. TRF da 3ª Região houve por bem negar seguimento ao recurso apresentado (fls. 1069/1076).

Fixação dos honorários periciais às fl. 1169/1171, com a apresentação de quesitos pelo Juízo.

Depositado o valor atinente à remuneração do perito (fls. 1178/1179).

O laudo pericial foi acostado às fls. 1184/1395. Em petição de fl. 1396 o perito judicial solicitou o levantamento dos honorários, bem como a complementação do valor anteriormente fixado (R\$ 40.000,00) em R\$ 20.000,00.

Instadas as partes, a requerente concordou com as conclusões do perito judicial (fls. 1407/1424), ao passo que a ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS (fls. 1445/1473) e o INPI (fls. 1475/1487) apresentaram manifestação de discordância. Todas as partes foram contrárias à complementação do valor a título de honorários periciais.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Considerando que a preliminar sobre a necessidade de prestação de caução pela autora já foi apreciada à fl. 501, passo ao exame do *mérito*.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por ASTRAZENECA AB visando, em suma, afastar decisão proferida pelo INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI nos autos do PI 9508292-1. A decisão vergastada indeferiu o pedido de concessão de patente ao

fundamento de que o objeto reivindicado encontraria óbice no que dispõem os arts. 8º, 25 e 229-A da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial).

Do exame do processo administrativo em trâmite perante o INPI é possível extrair que a sociedade empresária autora buscou a proteção patentária de “*PROCESSOS PARA A SÍNTESE ENÂNCIO-SELETIVA DE UM COMPOSTO, (-)-5-METÓXI-2-[[[(4-METÓXI-3,5-DIMETIL-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, COMPOSTO, E USO DOS COMPOSTOS*”. Foram apresentadas, ao todo, 29 (vinte e nove) reivindicações.

Em parecer técnico de fls. 752/753 os examinadores do INPI sugeriram o deferimento do pedido como Privilégio de Invenção, sendo que a expedição da carta de patente estava condicionada à prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, conforme determina o art. 229-C da Lei nº 9.279/96.

Remetidos os autos, a ANVISA procedeu a uma análise técnica quanto ao mérito do pedido de patente, apurando irregularidades que deveriam ser sanadas. Decidiu, pois, pelo retorno dos autos ao INPI (fls. 756/758).

Em novo parecer (fls. 759/760), os examinadores do INPI constataram a ocorrência de um *equivoco* quando do exame do presente pedido de invenção, ocasião em que formularam *exigências* a serem observadas pela autora. Os pareceres de fls. 769/770 e 800/801 também determinaram que a postulante providenciasse a adequação do pedido de proteção às normas que regulamentam a matéria.

Ao final, o INPI houve por bem indeferir, em primeira instância, o PI 9508292-1 (fls. 829/830).

Interposto recurso administrativo (fls. 849/852) e apresentadas novas vias de reivindicações (fls. 924/926), o INPI proferiu parecer pela manutenção do indeferimento do pedido de invenção ao fundamento de que “(...) a matéria definida nas reivindicações 1-25 do pedido em questão, diz respeito a um processo de preparação de um produto químico-farmacêutico tendo sido depositado no período em que a legislação brasileira exclui de proteção por patentes determinados setores da indústria, a argumentação da recorrente não procede. Além do fato de que a matéria definida nas reivindicações 26-29, não é merecedora da proteção requerida, tal como analisado e evidenciado no parecer técnico datado de 16/09/2005 e notificado na RPI de 21/02/2006.” (fl. 951)

É contra essa decisão que a autora se insurge ao propor a presente demanda.

Pois bem.

Como se sabe, a patente é um direito conferido pelo Estado ao titular de um invento, garantindo-lhe a *exclusividade* da exploração da tecnologia por um determinado período como contrapartida pelo acesso do público aos pontos essenciais da invenção.

A Constituição Federal inscreveu o direito à proteção patentária no rol de garantias fundamentais previsto em seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Com efeito, o instrumento normativo que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil – Lei nº 9.279/96 – estabelece que é patenteável a invenção que atenda aos requisitos da *novidade, atividade inventiva e aplicação industrial* (art. 8º).

Tais requisitos são assim conceituados:

NOVIDADE – que a tecnologia ainda não tenha sido tornada acessível ao público, de forma que o técnico, dela tendo conhecimento, possa reproduzi-la.

ATIVIDADE INVENTIVA – que a inovação não decorra obviamente do estado da arte, ou seja, que o técnico não possa produzi-la simplesmente com o uso de conhecimentos já acessíveis.

APLICAÇÃO INDUSTRIAL – que a tecnologia seja capaz de emprego, modificando diretamente a natureza, numa atividade econômica qualquer.

Em complemento, preconiza o art. 11 da LPI que a invenção e o modelo de utilidade são considerados *novos* quando não compreendidos no estado da técnica, sendo este constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior (art. 11, § 1º, LPI)

Dessarte, preenchidos os requisitos normativamente previstos, o pedido de patente deve ser deferido.

No caso em apreço, deduz-se que o INPI indeferiu o pedido de patente nº PI 9508292-1 por “questões formais” (art. 229-A, LPI) no que concerne às reivindicações 1-25 e “questões meritórias” (ausência do requisito novidade) no que toca às reivindicações 26-29.

Dessa forma, didaticamente, examino as alegações das partes de forma segmentada: primeiro, o pedido de patente do *processo* (reivindicações 1-25) e, após, o pedido de proteção patentária do *composto* (26-29).

REIVINDICAÇÕES 1-25

Colhe-se dos autos que no tocante às reivindicações 1-25, atinentes ao *processo* para a síntese enâncio seletiva de um composto sulfóxido de fórmula (I) ou de um sal alcalino do mesmo, o INPI sequer examinou o preenchimento ou não das condições estampadas no art. 8º da LPI (novidade, atividade inventiva e utilidade industrial).

Isso porque a matéria reivindicada foi enquadrada no disposto no art. 229-A da LPI, o qual determina:

Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea “c”, da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)

Dessume-se, pois, que o indeferimento do pedido se deu *ex vi legis*, sem que aspectos atinentes ao *mérito* da pretensão fossem analisados.

Em contrapartida, sustenta a demandante, em apertada síntese, que tal preceito normativo não deveria ser aplicado, vez que o acordo *TRIPS* já estava em vigor no Brasil desde 1995 e suas normas tinham plena eficácia. Ademais, argumenta que a inclusão do artigo em exame ocorreu somente em 2001, por força da Lei nº 10.196, logo, em data *posterior* ao depósito do pedido no Brasil.

Pois bem.

Reputo que o exame das alegações aventadas por ambas as partes pressupõe uma rápida digressão a respeito da concessão de patentes de *processos* para a obtenção de produtos químico-farmacêuticos no Brasil.

O Brasil, durante a vigência do antigo (e revogado) Código de Propriedade Industrial (CPI)¹, não reconhecia patentes para produtos das áreas químicas, farmacêutica e alimentícia, assim como para os respectivos *processos* de obtenção.

É o que exsurge do art. 9º, alínea “c” do CPI:

Art. 9º Não são privilegiáveis:

(...)

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

No ano de 1994 foi assinado um conjunto de acordos que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentre tais acordos, destaca-se o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS* (também denominado de Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC), o qual contou com a adesão do Brasil.

O TRIPS, ao estabelecer padrões mínimos no âmbito do direito internacional relacionados às patentes, cuidou da matéria patenteável em seu artigo 27 da seguinte forma:

1 – Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, *qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial*. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do artigo 65, no parágrafo 8º do art. 70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

Em observância ao que foi acordado internacionalmente, o Brasil, com a edição da nova Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), passou a *reconhecer* o direito à proteção dos inventores de produtos/processos novos.

Assentadas tais premissas, passo ao exame do caso em específico.

A autora desenvolveu a invenção intitulada “PROCESSOS PARA A SÍNTESE ENÂNCIO-SELETIVA DE UM COMPOSTO, (-)-5-METÓXI-2-[[[(4-METÓXI-3,5-DIMETIL-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL,

1 Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que vigorou até a entrada em vigor da Lei nº 9.279/96.

(-)-5-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, COMPOSTO, E USO DOS COMPOSTOS”, objeto do pedido de patente na Suécia – nº 9402510-3 de 15.07.1994, que, com base na Convenção da União de Paris – CUP, originou o pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995, no qual, além da Suécia e outros países, foi designado o Brasil para proteção da invenção ali revelada. Dentro do prazo fixado no acordo internacional Tratado de Cooperação de Patentes (*Patent Cooperation Treaty – PCT*), o referido pedido internacional entrou na fase nacional brasileira em 15.01.1997, originando o presente pedido de patente PI 9508292-1.

Ao apreciar as reivindicações 1-25, o INPI houve por bem indeferir o pleito autoral com amparo no que preceitua o art. 229-A da LPI.

Como já dito, sustenta a demandante, em apertada síntese, que tal preceito normativo (art. 229-A da LPI) não deveria ser aplicado, vez que, quando do depósito do pedido de patente, o acordo TRIPS já estava em vigor no Brasil (desde 1995) e suas normas tinham plena eficácia. Ademais, argumenta que a inclusão do artigo em exame ocorreu somente em 2001, por força da Lei nº 10.196, logo, em data posterior ao depósito do pedido no Brasil.

No que concerne à alegação de vigência e, portanto, incidência do acordo *TRIPS* ao caso vertente, tenho que *não* assiste razão à autora.

Explico.

De fato, o Acordo TRIPS, assinado no ano de 1994 e com vigência, de modo geral, a partir de 1º de janeiro de 1995, previu a patenteabilidade de qualquer invenção (produto/processo), em todos os setores tecnológicos, desde que preenchidos os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Contudo, o próprio TRIPS consignou, em suas disposições transitórias, que nenhum membro estaria obrigado a aplicar as normas antes de transcorrido um prazo geral de 01 (um) ano da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. E mais, o acordo previu que países em desenvolvimento – categoria em que indubitavelmente se enquadrava e ainda se enquadra o Brasil – teriam direito a postergar a data de aplicação das disposições do acordo por um prazo de mais 04 (quatro) anos.

Transcrevo dispositivos do Acordo TRIPS:

PARTE VI
DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS
Artigo 65
Disposições Transitórias

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.
2. Um País em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.

Dessa forma, para os países em desenvolvimento a aplicabilidade do TRIPS foi postergada para 1º janeiro de 2000.

É o que decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar a questão:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE DE MEDICAMENTO. PEDIDO DE PATENTE DEPOSITADA SOB A ÉGIDE DA LEI 5.771/71. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ACORDO TRIPS. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.279/96. POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO DE PATENTE *PIPELINE*. 1. *O art. 65.2 do TRIPs prevê prazo de extensão geral, estabelecido para todos os países em desenvolvimento, não sendo necessário qualquer tipo de manifestação por parte dos Estados membros incluídos nessa categoria, motivo pelo qual as disposições do TRIPs tornaram-se obrigatórias, no Brasil, somente a partir de 1º de janeiro de 2000.* 2. Por esse motivo, incabível a análise do pedido de patente da autora, depositado em 1992 e indeferido em 1999, diretamente e com base nas disposições do Acordo TRIPs. 3. Ademais, considerando que o pedido administrativo da autora é do ano de 1992, sob a égide da Lei 5.771/71, não é possível a concessão de patente de fármaco, ainda que o pedido de patente fora depositado e concedido em país estrangeiro. 4. Com a entrada em vigor da Lei 9.279/96, poderia a autora requerer a patente *pipeline*, desde de que cumpridos os requisitos dispostos na nova lei, o que não ocorreu. 5. O fato de a ora recorrente não poder cumprir os requisitos impostos pelo procedimento da patente *pipeline* e, conseqüentemente, não poder realizar um novo depósito, cuja obrigatoriedade sequer restou configurada, não implica violação ao art. 229 da Lei 9.279/96. 6. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando fundada em acórdão paradigma deste Superior Tribunal de Justiça que representa jurisprudência superada. 7. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, parcialmente provido. (RESP 200802193766, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 17/11/2010)

COMERCIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PATENTES. VIGÊNCIA DE QUINZE ANOS. ART. 24 DA LEI Nº 5.772/71. EXTENSÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ACORDO TRIPS. (ARTS. 65 e 70, I). PAÍSES MEMBROS. DIREITO DE RESERVA. PERÍODOS DE INCIDÊNCIA DO ACORDO. PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO ANTERIORMENTE CONCEDIDOS. PRORROGAÇÃO DO PRAZO POR CINCO ANOS. AUSÊNCIA DE SUPORTE LEGAL. 1. “O TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção. (...) Não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito.” (REsp nº 960.728-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrigli, DJe de 15/4/2009.) 2. Em consonância com a diretriz adotada pela Terceira Turma do STJ, a extensão de validade das patentes de quinze para vinte anos, regularmente constituídas sob a égide de lei interna nacional, não se revela como medida consentânea com a interpretação que requerem as normas concernentes ao sistema de proteção patentária do País, conjugado com os pressupostos norteadores do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs ou ADPICs). 3. *Mesmo que vigente o TRIPs desde 1º de janeiro de 1995 em face de sua ratificação e promulgação, a regra prescrita no seu art. 65, 2 – “Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com*

exceção dos Artigos 3, 4 e 5” – , por se constituir uma reserva concedida ao Brasil, sintetiza direito norteador de amparo ao reconhecimento de que a entrada em vigor no Acordo veio a ocorrer somente em 1º de janeiro de 2000, inibindo, portanto, sua plena incidência a partir da publicação oficial. 4. Por não gerar o TRIPs obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro (art. 70, I), em harmonia com o direito de preterir os períodos de incidência do Acordo (art. 65), é manifesta a inexistência de imposição da sua observância no tocante a privilégios de invenção anteriormente concedidos, uma vez que não patenteado nenhum propósito de sua auto-aplicabilidade ou de sua aptidão para abarcar relações jurídicas afora aquelas que somente convergem para os seus Membros, tampouco qualquer comando preceptivo que permita a extensão do prazo de vigência da patente deferido com suporte na Lei nº 5.772/71. 5. Não há suporte legal nem obrigação do Brasil de garantir às patentes de invenção depositadas em data anterior a 1º de janeiro de 2000 a prorrogação por 5 (cinco) anos do prazo de validade – originalmente estabelecidos em 15 (quinze) anos –, de forma a vigorar por 20 (vinte) anos a proteção patentária em território nacional, mediante a aplicabilidade direta e sem reservas do Acordo TRIPs. 6. Recurso especial desprovido. (RESP 200400038267, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 02/08/2010)

Com efeito, não existe razão para este Juízo distanciar-se do entendimento firmado pelo E. STJ.

Não bastasse isso, a própria OMC, em interpretação autêntica, elenca o Brasil como membro que apenas precisa aplicar o TRIPS em 1º de janeiro de 2000.²

Sendo assim, quando a demandante efetuou o pedido internacional PCT/SE95/00818 em 03.07.1995, o acordo TRIPS ainda não vigia no Brasil, pelo que suas disposições não tem o condão de lhe socorrer.

Impõe-se, portanto, o estudo da *legislação nacional* a respeito do tema.

A postulante, por entender que sua invenção preenchia as condições explicitadas na lei, quando do depósito de seu pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995, designou o Brasil para a proteção do *processo* inventado, cuja fase nacional teve início em 15.01.1997, originando o pedido de patente PI 9508292-1.

Reputo importante ressaltar que, para os efeitos legais, a data a ser considerada é 03.07.1995, quando o pedido em questão foi depositado via PCT (Tratado em Matéria de Co- operação de Patente).

É o que doutrina Gustavo Binenbojm:

Em essência, o PCT facilita o trâmite internacional dos pedidos de patentes, possibilitando a busca simultânea da proteção patentária (rectius: reivindicação de prioridade) no território de seus Estados-membros. (...) Conforme o tratado, pedido internacional equipara-se ao depósito nacional, realizado perante a autoridade do Estado designado. Os países-membros do PCT obrigam-se a manter essa equiparação entre o pedido internacional e o depósito nacional, salvo quando ocorrerem determinadas situações, como as previstas no art. 24.1 do tratado. Segundo o inciso III deste artigo, o pedido PCT perderá eficácia quando o depositante não promover, no Estado designado, os atos relativos à fase nacional do pedido, na forma e prazo previstos pelo tratado. (*Temas de Direito Administrativo e Constitucional*; Artigos e Pareceres, Renovar, 2008, pág. 559)

2 http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm#Transition – acessado em 07/06/2013.

Fixada a anterioridade da data do depósito para fins de análise do pedido patentário (03.07.1995), revelou-se, conforme adiante se verá, que a pretensão da requerente encontrou óbice no disposto pelo art. 229-A da Lei nº 9.279/96, incluído pela Lei nº 10.196 de 14 de fevereiro de 2001.

Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea “c”, da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)

Uma análise açada do citado preceito normativo poderia levar à conclusão – equivocada – de que o artigo, somente incluído em 2001, prejudicou os autores de inventos que fizeram o depósito do pedido de patente de processo, e, posteriormente, foram surpreendidos com o seu indeferimento. Alega a autora que está sendo prejudicada por uma lei posterior que criou exigência que não existia quando do depósito do seu pedido de patente no INPI.

Entretanto, não é esta a realidade.

Explico.

A Lei nº 9.279/96, atual Lei de Propriedade Industrial, foi publicada no Diário Oficial da União somente em 15 de maio de 1996.

Logo, quando do depósito do pedido internacional PCT/SE95/00818 em 03.07.1995, data considerada como o depósito também no Brasil, ainda estava em vigência o Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71), o qual, como se sabe, não admitia a patenteabilidade de processo ora vindicada.

Art. 9º Não são privilegiáveis:

(...)

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

Independentemente da inclusão do art. 229-A na atual LPI, o pleito autoral não possuía condições de subsistir, uma vez o CPI excluía o objeto requerido da proteção patentária.

Tenho a firme convicção de que a Lei nº 10.196/2001 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 2.105-15 de 2001) foi editada com o objetivo de tornar clara uma situação que já se fazia presente.

A leitura da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 2006/1999, que após sucessivas reedições foi convertida na Lei nº 10.196/2001, corrobora o acima exposto. *In verbis*:

No artigo segundo da Medida Provisória a proposta é a de indeferir os pedidos de patente apresentados entre primeiro de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997 – mesmo período citado no parágrafo anterior –, isto porque as “patentes de processo”, ao contrário das “patentes de produto” não eram matéria patentária de acordo com a Lei nº 5.772, que esteve em vigor até a entrada em vigor da Lei nº 9.279, em 14 de maio de 1997. A patente de processo, no referido período, não é, do mesmo modo, matéria sujeita às normas estabelecidas pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio.³

3 http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&Datain=28/01/2000&txpagina=3195&altura=700&largura=800 – acessado em 07.06.2013.

Ad argumentandum, imperioso esclarecer que, de fato, a obtenção da patente ora vindicada só seria possível via *pipeline*.

Explico.

A Lei nº 9.279/96 foi publicada no Diário Oficial da União em 15 de maio de 1996, prevenindo, para a maioria de seus artigos, uma *vacatio legis* de 01 (um ano) para a entrada em vigor. Somente os artigos 230, 231, 232 e 239 da norma passaram a vigor na data de sua publicação.

Art. 243. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação quanto às matérias disciplinadas nos arts. 230, 231, 232 e 239, e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos.

O C. Superior Tribunal de Justiça decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.038.032-RJ que “O art. 243 da Lei de Propriedade Industrial – LPI – possui uma peculiaridade, consistente no fato de dispor que parte dos seus dispositivos teve vigência imediata e parte ficou sujeita a um prazo de vacância. Assim, os arts. 230, 231, 232 e 239 da LPI entraram em vigor no dia 15.05.1996 e os prazos de depósito de patente *pipeline*, previstos nos arts. 230 e 231 encerraram-se no dia 15.05.1997. O restante da Lei nº 9.279/96 entrou em vigor no dia 16.05.1997”.

Pode-se afirmar, assim, que a LPI, em sua quase totalidade, passou a vigor tão somente em 16.05.1997.

Com efeito, quando o pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995 entrou na fase nacional em 15.01.1997, originando o presente pedido de patente, somente os arts. 230, 231, 232 e 239 da LPI estavam em vigor.

No que interessa ao deslinde do feito, anoto que os arts. 230 e 231 cuidam do instituto da *patente de revalidação* ou *pipeline*.

Gabriel Di Blasi, no livro A Legislação Brasileira de Patentes e Tratados, discorreu sobre o instituto nos seguintes termos:

O *pipeline* é a denominação dada a um dispositivo legal transitório que permite o reconhecimento de patente para produtos e processos, desde que estes – mesmo que já pesquisados – não tenham sido colocados em nenhum mercado do mundo. Isto ocorre no período de transição, entre a revogação de uma antiga lei e o início de vigência de outra, nova, que preveja o reconhecimento de patentes em áreas que a antiga não previa.

O termo *pipeline* – cuja tradução para o português seria tubulação – refere-se, no sentido figurado, aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto, ainda na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio. Ou seja, tais produtos e processos não chegaram ao mercado consumidor e, por isso, ainda não poderão ser protegidos. O *pipeline* também pode ser chamado de patente de revalidação.

Esse dispositivo tem como finalidade proporcionar aos inventores nacionais de criação já divulgada – mas anteriormente não patenteável –, aos requerentes de pedido de patente nacionais e estrangeiros, e aos titulares de patente estrangeira, a proteção acima citada. (...) (pág. 281/282)

Nos termos do art. 230, § 3º da LPI, comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, é concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem. Há, para estes casos, uma relativização do requisito da novidade. Além disso, o prazo de vigência da patente *pipeline* expira junto com o prazo de vigência da patente no país de origem (art. 230, § 4º, LPI), o que, de certa forma, representa um prejuízo para a requerente na medida em que o prazo de exclusividade da invenção será reduzido.

A única opção para a autora era formular um pedido de patente do tipo *pipeline* (os arts. 230 e 231 já estavam em vigor) e, por razões que fogem ao objeto dessa ação, isso não foi feito. Não se tratava de uma faculdade da demandante a escolha pelo *pipeline*. Era a sua única opção para a obtenção da patente almejada.

É o que decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao apreciar matéria análoga a dos autos:

ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE PATENTE – *PIPELINE* – ART. 229 DA LEI 9.279/96 – APLICABILIDADE – INOBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES DOS ARTS. 230 E 231 DA MESMA LEI – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PATENTE. I - *As invenções descritas no art. 230 da nova Lei de Propriedade Industrial não eram consideradas patenteáveis pela antiga legislação do Código de Propriedade Industrial e, para tais, foi prevista uma regra especial e transitória no mencionado dispositivo legal.* Portanto, o legislador também previu, com a nova redação dada ao art. 229 da Lei de Propriedade Industrial, para os pedidos em andamento e depositados até 31 de dezembro de 1994, que os pedidos seriam automaticamente indeferidos. II - A prescrição legal não afronta o texto constitucional e é plenamente aplicável ao caso concreto, representando, sim, medida de economia no julgamento dos pedidos de patente formulados. *Se havia proibição para o registro da patente, o pedido seria juridicamente impossível, sendo natural o seu indeferimento. O legislador ressaltou, apenas, que, se fosse o caso, caberia, sim, a possibilidade prevista no art. 230 da nova LPI, desde que, naturalmente, houvesse o preenchimento das condições.* III - A apelante não fez uso da prerrogativa que lhe era conferida pelos artigos 230 e 231, no sentido de reivindicar, dentro do prazo de 01 (um) ano e através de instrumento específico, a proteção a substâncias, matérias, ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, sendo aplicável, portanto, em razão de expresso comando, a norma prevista no artigo 229, da nova LPI. IV – Recurso improvido. (AC 200551015193817, Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 16/07/2010 - Página: 26)

Desse modo, ao formular seu pedido de patente de *processo* (reivindicações 1-25) sem se valer do instituto *pipeline*, a pretensão da autora não lograria êxito, uma vez que, repisa-se, em 03.07.1995 (data na qual foi efetuado o depósito internacional via PCT), ainda estava em vigor o antigo Código de Propriedade Industrial, o qual, em seu art. 9º, alínea “c”, vedava o privilégio de *processo* para obtenção ou modificação de substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie.

Lado outro, forçoso ressaltar que em decorrência do não acolhimento das reivindicações de *processo* 1-25, nos termos da fundamentação adrede expendida, o indeferimento das reivindicações de *produtos* 24-25, *dependentes* deste processo, é consequência indissociável.

Revela-se, pois, escorregadia a decisão proferida pelo INPI.

REIVINDICAÇÕES 26-29

Tratando-se de pedidos de proteção atinentes a *compostos*, a legislação nacional admite a patenteabilidade, nos termos do art. 229-B, que assim preceitua:

Art. 229-B. Os pedidos de patentes de produto apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alíneas “b” e “c”, da Lei nº 5.772, de 1971, não conferia

proteção e cujos depositantes não tenham exercido a faculdade prevista nos arts. 230 e 231, serão decididos até 31 de dezembro de 2004, em conformidade com esta Lei. (*Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001*)

Como já dito, o INPI houve por bem indeferir as reivindicações 26-29 ao fundamento de que os *compostos* apresentados não atendiam ao requisito da *novidade*, conforme disposto no art. 8º da Lei nº 9.279/96. Além disso, os examinadores da autarquia aplicaram o art. 25 do mesmo diploma legal, que preconiza: “As reivindicações deverão ser fundamentadas no relatório descritivo, caracterizando as particularidades do pedido e definindo, de modo claro e preciso, a matéria objeto da proteção.”

A *novidade* nas reivindicações 26-29 foi contestada pelo INPI em virtude dos documentos do estado da técnica US5045552, US5035899, bem como os artigos intitulados “Syntheses and Antiulcer Activities of Novel 2-[(6,7,8,9-Tetrahydro-5H-Cyclohepta(b)Pyridin-9-yl)sulfinyl]-1-H-Benzimidazole nalogues” e “Ro 18-5365, a potent new inhibitor of the gastric (H+K)-ATPase”.

Nesse sentir, versando o objeto da controvérsia sobre matéria eminentemente *técnica*, muitas vezes carece o magistrado de determinadas noções adstritas à esfera de conhecimento de um *expert* no assunto, pelo que foi determinada a realização de prova pericial.

E, no que pertine aos *compostos* reivindicados, o laudo pericial, subscrito pelos *experts* Luiz Gonzaga Junqueira de Aquino Filho (perito com ênfase na Lei de Propriedade Industrial) e Sabina Nehmi de Oliveira (Bacharel em Química), *vai de encontro* ao que foi decidido pela autarquia federal ao examinar a matéria. É possível extrair das conclusões periciais que:

Nenhuma (*sic*) dos documentos citados, tratou de enantiômeros simples dos compostos reivindicados nas reivindicações de números 26, 27, 28 e 29. Trataram de racematos ou misturas racêmicas, não evidenciando processo de síntese seguida de resolução (revelação do enantiômero simples), ou seu emprego ou uso em testes como substâncias enantioméricas simples e não na forma de racematos. O rigor científico não admite o emprego ou síntese de enantiômeros simples, dextrógiro ou levógiro, sem sinal de distintividade. (fl. 1198)

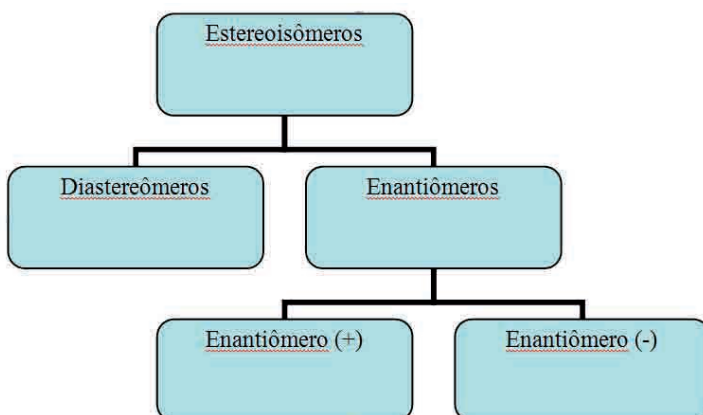
Em síntese, consignaram os auxiliares do Juízo que as *anterioridades* apontadas pelo INPI revelam os compostos em sua forma *racêmica*, sendo que o PI 9508292-1 apresenta *enantiômeros* (ou enantiômeros) *simples*.

Tecnicamente, esclareceram os peritos que:

Os estereoisômeros não são isômeros constitucionais (que possuem os mesmos números de átomos na moléculas (*sic*) mas com conectividade dos átomos em ordem diferentes, isto é, suas ordens de ligação são diferentes na molécula), mas sim diferenciam-se no arranjo de seus átomos no espaço (a ordem é a mesma mas existem diferenças espaciais, por vezes identificáveis em três dimensões e não em duas dimensões). Os estereoisômeros são subdivididos em enantiômeros e diastereômeros:

- os enantiômeros (expressão que no caso da PI 9508292-1 foi traduzida como “enantiômeros”) apresentam moléculas como se fossem imagens refletidas num espelho (imagens especulares) e não são superponíveis.
- diastereômeros possuem moléculas que não são especulares. (fl. 1197)

Esquemáticamente tem-se o seguinte quadro (fl. 1254):



Com efeito, por meio do *processo* que foi objeto do PI 9508292-1 (reivindicações 1-25) a autora obteve os enantiômeros simples (*composto*) que corresponderam às reivindicações *independentes* 26-29, os quais, no entender da perícia, são *novos* frente ao estado da técnica.

Em contrapartida, o INPI, assistido pela ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS, rebateu as conclusões do laudo pericial estabelecendo a controvérsia nos seguintes termos:

Os enantiômeros são estereoisômeros que são imagens espaciais do outro e apresentam a propriedade de rotação do plano da luz polarizada, seja direita ((+) ou (d) ou (R)) ou para a esquerda ((-) ou (l) ou (S)). Tais entidades químicas somente existem para compostos cujas moléculas apresentam ao menos um átomo quiral, ou seja, um átomo cujos grupamentos químicos a ele ligados são diferentes entre si. Além disso, ressalta-se que, ao se mencionar um composto químico quiral sem distintividade com relação aos seus estereoisômeros simples, está se mencionando necessariamente a mistura racêmica do composto, que é composta por proporções iguais de seus estereoisômeros.

(...)

Postos estes breves esclarecimentos, o ponto chave discutido em tela reside no entendimento daquilo que é revelado ao se considerar uma mistura racêmica. Assim, para o INPI, a partir de conhecimentos básicos, como os acima expostos, um técnico no assunto tem conhecimento de que sempre que uma molécula que apresenta pelo menos um átomo quiral é representada no estado da técnica sem os sinais distintivos de atividade ótica (+ ou -, d ou l, R ou S), esta tratará, necessariamente, da mistura racêmica do composto em questão, ou seja, esta revelará uma mistura equimolar dos dois enantiômeros simples. *Desta forma, é possível afirmar que sempre que a fórmula química de um composto com um átomo quiral é revelada, seus enantiômeros simples também estão revelados, ainda que não separadamente. Assim, para efeitos de análise de um pedido de patente, os enantiômeros simples posteriormente separados de uma mistura racêmica previamente revelada não são novos.* Este, é importante que se esclareça, é o ponto de divergência básica do INPI e do r. Perito em seu laudo pericial. (fls.1485/1486) (sem destaque no original)

Dessume-se, pois, que a divergência está na *interpretação* conferida pelos sujeitos processuais ao requisito da *novidade* em relação aos *enantiômeros simples* dos compostos reivindicados nas reivindicações 26-29: para a demandante e os auxiliares do Juízo a revelação dos enantiômeros simples confere novidade ao composto; ao passo que para o INPI e para a

assistente simples a existência dos enantiômeros simples em uma mistura racêmica é condição indissociável, de modo a infirmar novidade vindicada.

Pois bem.

Em que pese o elucidativo e didático parecer apresentado pelos peritos judiciais, reputo que do cotejo entre as duas teses que escoram a pretensão de ambas as partes, há de prevalecer a do INPI.

Explico.

Colhe-se do laudo pericial que, realmente, as anterioridades apontadas pelo INPI se apresentam na forma de *mistura racêmica/racemato* e não na forma de *enantiômeros simples*. Contudo, consoante consignado no parecer, “por mistura racêmica subentende-se a coexistência dos dois enantiômeros dextrógiro e levógiro em partes iguais.” (fl. 1261) Em consequência, assiste razão à ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS ao afirmar que “no caso específico do pedido de patente da Autora, não são protegíveis as reivindicações INDEPENDENTES 26 a 29, sobre enantiômeros de rabeprazol, leminoprazol e nepaprazol, *pois a pré-existência de tais enantiômeros É FATO*, uma vez que rabeprazol, leminoprazol e nepaprazol são misturas racêmicas, *que por definição contêm os enantiômeros para os quais a Autora deseja ter exclusividade*”. (fls. 1461/1462)

Por conseguinte, não me parece que a autora tenha inventado ou descoberto os enantiômeros simples dos compostos reivindicados (26-29), uma vez que estes, por definição teórica, sempre existiram nas misturas racêmicas indicadas como anterioridades pelo INPI. O que a demandante inventou foi um novo *processo* para isolá-los. Essa afirmação encontra respaldo, inclusive, no laudo pericial:

Enantiômeros são substâncias simples (de pureza elevada) ao passo que misturas racêmicas, ou racematos, como o nome já indica já indica são substâncias compostas, misturas de duas substâncias simples. *O processo de separação de enantiômeros simples de suas misturas racêmicas ou racematos, não é simples nem óbvio. Chama-se à este tipo de processo de “resolução de enantiômeros”.* (fl. 1197)

O *processo* de resolução de enantiômeros, não é simples nem óbvio. É complexo e individual para cada composto. Citação num documento que não trata de processos de resolução, síntese ou emprego de enantiômeros simples, não pode abalar a novidade dos enantiômeros simples e novos, segundo a PI 9508292-1. (fl. 1202) (sem destaques no original)

(...) O *processo* de resolução dos enantiômeros simples, não é óbvio para o homem da técnica. O documento não trata nem de processo de síntese, nem de processo de resolução, ou emprego dos enantiômeros simples. (fl. 1261) (destaquei)

Entretanto, não se pode olvidar que as reivindicações 26-29 cuidam de *compostos* e não de *processo*. Sendo compostos (e não processo), tenho que é indiferente para o deslinde da demanda ser complexo (e não óbvio) o processo de separação dos enantiômeros simples. Conforme registrou o INPI, com inteira razão, “O fato de um processo de resolução não ser simples nem óbvio não confere novidade ou atividade inventiva ao enantiômero em questão, se tal enantiômero já foi previamente revelado numa mistura racêmica no estado da técnica, como é o caso dos enantiômeros simples pleiteados no PI9508292-1.” (fl. 1487)

Com tais considerações, tenho que o pedido de patente em relação às reivindicações 26-29 não possui condições de prosperar, tendo em vista a ausência do requisito *novidade*, consoante disposto no art. 8º da Lei de Propriedade Industrial.

Em consequência, deixo de acolher as conclusões do laudo pericial, registrando, por

oportuno, o esmerado trabalho conduzido pelos *experts* nomeados, que, mediante a exposição didática de inúmeros conceitos técnicos, auxiliaram na formação do convencimento deste Juízo. Ademais, despidiendo ressaltar que a jurisprudência pátria é forte no sentido de que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, a teor do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil.” (RESP 200502011550, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 19/10/2006 PG: 00253 DTPB)

Com tais considerações, tenho que a ação não deve prosperar, uma vez que a decisão do INPI mostra-se em consonância com o ordenamento jurídico.

DIANTE DO EXPOSTO, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados, com resolução do mérito, nos termos da fundamentação acima apresentada e em conformidade com o disposto no do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) dor valor atribuído à causa, devidamente atualizados nos termos da Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, ou outra que vier a substituí-la.

Fl. 1396: Em que pese o trabalho de fôlego levado a efeito pelos auxiliares do Juízo, mas considerando que não houve qualquer modificação fática no interregno entre a fixação dos honorários periciais (fls. 1169/1171) e a entrega do laudo pericial, indefiro o pedido para complementação da verba pericial, cujo valor considero adequado e suficiente para remuneração pela atividade desempenhada. Comunique-se o perito.

P.R.I.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

AÇÃO PENAL

0010812-10.2008.4.03.6109

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: VINÍCIUS DE OSTI, ÉRICA LETÍCIA DE OLIVEIRA, LUCIA LAZARIN E CÍCERO APARECIDO DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

Juiz Federal: MIGUEL FLORESTANO NETO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2013

Trata-se de denúncia ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de VINÍCIUS DE OSTI, ÉRICA LETÍCIA DE OLIVEIRA, LUCIA LAZARIN e CÍCERO APARECIDO DA SILVA em que o Autor da ação penal afirma que os Réus foram surpreendidos na posse de várias caixas de cigarros que se encontravam entre dois veículos: um GM Blazer e um Ford/Fiesta que estavam estacionados na zona rural de Santa Bárbara D'Oeste, no dia 04-09-08.

Foram encontrados documentos em nome de CÍCERO dentro do primeiro veículo, fato que atesta, na visão do MPF, que era ele o motorista da BLAZER.

Por sua vez, era VINÍCIUS quem dirigia o FORD (de acordo com o depoimento dos policiais) que estava acompanhado de uma senhora e de sua namorada (LUCIA LAZARIN e ÉRICA).

O MPF acrescenta que foram feitas várias ligações para o celular de CÍCERO que teriam sido atendidas pelos policiais e que tinham como objetivo cobrar a entrega da mercadoria.

Ademais, VINÍCIUS, ÉRICA e LUCIA teriam confessado que pretendiam negociar cigarros vindos do Paraguai com o motorista da BLAZER.

Observa o *Parquet* Federal que as mercadorias foram avaliadas em R\$ 38.500,00 e que há incidência de 500% de imposto, além do fato de a quantidade de mercadoria apreendida apontar para a finalidade comercial da conduta.

Diante de tais fatos, imputou aos Corréus VINÍCIUS, ÉRICA e LUCIA a prática da conduta descrita no art. 334, § 1º, alínea c, do CP, em sua forma tentada e ao Acusado CÍCERO a mesma conduta, desta feita em sua forma consumada.

A denúncia foi recebida à f. 243 em 12-11-10.

Dada vista dos autos ao d. representante ministerial, foi reconhecida a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo em face de VINÍCIUS e ÉRICA, mas não poderiam ser com ela contemplados os Acusados CÍCERO e LUCIA, pois não teriam sido preenchidos os requisitos subjetivos do benefício (fls. 304/306).

A Corré LUCIA ofereceu resposta escrita e arrolou, como testemunhas, VINÍCIUS e ÉRICA (fls. 370/372). O Réu CÍCERO também se defendeu e requereu a oitiva das testemunhas arroladas pela Acusação (fls. 376/379).

Tanto ÉRICA quanto VINÍCIUS aceitaram a proposta de suspensão condicional do processo (fls. 384-385-v.).

Houve decisão afastando o pedido de absolvição sumária dos Acusados, bem como aquele que postulava a oitiva de VINÍCIUS e ÉRICA como testemunhas da Acusada LUCIA em razão da qualidade de Corréus. Foi determinado que o MPF e CÍCERO se manifestassem sobre a destinação do aparelho celular apreendido (fls. 399/400).

O Acusado CÍCERO requereu a devolução de seus documentos pessoais, com o que concordou o MPF (fls. 429/430). Com relação ao aparelho celular, o órgão acusador afirmou não haver prova nos autos acerca de sua propriedade.

LUCIA foi ouvida à f. 450 e foi determinada a devolução dos documentos pessoais do Acusado CÍCERO, mas o aparelho celular continuou sob constrição judicial (f. 458).

A testemunha ROSENEIDE foi ouvida às fls. 470/471 e CÍCERO foi interrogado à f. 497. À f. 514 foi feita a oitiva da testemunha GABRIEL.

O órgão acusador requereu a condenação de ambos os Acusados. Tanto CÍCERO (fls. 556/562) quanto LUCIA (fls. 576/584) ofereceram alegações finais em que pugnavam pela absolvição.

Este o breve relato.

Decido.

1. Do Acusado CÍCERO

1.1 Da prescrição

O Acusado CÍCERO alega a ocorrência da prescrição.

Com as devidas vênias ao d. patrono do Acusado, não merece prosperar o pleito ora analisado.

Com efeito, a prescrição objeto da arguição é da pretensão punitiva estatal, cujo montante a servir como base de cálculo é a pena em abstrato (prescrição da pretensão punitiva propriamente dita - Capez).

Ora, a conduta teoricamente praticada pelos Acusados enquadra-se no descritivo penal do art. 334, § 1º, c, do CP, cuja pena máxima cominada é de quatro anos.

Assim, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é de oito anos (art. 109, IV, do CP).

Nota-se que, entre a data do fato 04-09-08 e a data do recebimento da denúncia (12-11-10 – f. 243), transcorreram pouco mais de dois anos, cálculo que comprova que não há se falar em prescrição com base na pena em abstrato.

Eventual ocorrência da prescrição com fundamento na pena em concreto somente poderá ser alegada após a prolação de sentença que a individualize.

Diante de tais ilações, rejeito a prejudicial levantada pela defesa.

1.2 Da materialidade delitiva

O auto de apreensão de fls. 06/07 demonstra que foram apreendidas 77 (setenta e sete) caixas de cigarro em 22-09-08, por volta das 20:56 horas.

O termo de apreensão e guarda fiscal dá conta de que o valor total das mercadorias apreendidas era de R\$ 38.500,00 (trinta e oito mil e quinhentos reais).

É fato que o objeto material do delito descrito no art. 334, § 1º, c, do Código Penal é a mercadoria propriamente dita, desde que introduzida clandestinamente no país.

Assim, demonstrou-se que os bens apreendidos tinham como origem outro país que não o Brasil (conclusão dos peritos à f. 162) e, portanto, servem de corpo de delito para a constatação de eventual conduta criminoso.

Por outro lado, caberia aos Acusados comprovarem a idoneidade da introdução de tais objetos por meio da documentação necessária à importação. Dessarte, é ônus dos Demandados demonstrarem a licitude do ingresso de tais mercadorias, mesmo porque a SRFB lavrou auto de apreensão e guarda fiscal ante a omissão da expedição de documentos legítimos à sua importação.

Desta forma, com relação à materialidade delitiva, há de se tê-la por comprovada, pois houve introdução clandestina de mercadoria no país para o fim da prática de atos comerciais.

1.3 Do princípio da insignificância

Não há que ser aceito o pedido defensivo no sentido de aplicação do princípio da bagatela ao caso em análise.

Com bem sublinhado pelo d. representante do *Parquet* Federal em sua peça inicial, o valor das mercadorias, à época dos fatos, ultrapassava R\$ 38.500,00 e os tributos sobre elas incidentes ultrapassavam o montante de 500%, motivo pelo qual a sonegação praticada extrapola, em muito, qualquer razoabilidade de aplicação de tal primado.

Ademais, a tutela jurídica da norma penal não é somente o erário, mas também a saúde pública que também sofre lesão com a introdução de tais mercadorias em território nacional.

Neste sentido:

STJ. AgRg no REsp 1375659/PR. Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 24/09/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 02/10/2013 Ementa AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE CONTRABANDO DE CIGARRO. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 2. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Em se tratando de cigarros importados com elisão de impostos, não há apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos, configurando a conduta contrabando e não descaminho. No caso, muito embora também haja sonegação de tributos, trata-se de produto sobre o qual incide proibição relativa. 2. Agrado regimental a que se nega provimento.

1.4 Da Autoria

A versão apresentada pelo d. representante do *Parquet* Federal é procedente no que tange à autoria imputada a CÍCERO.

Com efeito, o Acusado confessou (de modo parcial) os fatos que lhe são imputados, pois disse que já tinha banca de camelô em que vendia cigarros e que teria ido ao local da apreensão para comprar mercadoria.

Tirante o fato de que ele era, na verdade, o vendedor das mercadorias apreendidas no presente feito e não o comprador, como afirmou em seu interrogatório, o restante das alegações do Acusado é corroborado pelas demais provas dos autos.

Primeiramente porque já faz da venda ilícita de cigarros um hábito em sua vida (con-

forme ele mesmo admitiu) e foi reconhecido pela testemunha ROSENEIDE que constatou que “CÍCERO tinha uma banca de camelô (f. 470-v.) na qual vendia cigarro”.

Em segundo lugar, porque as caixas de cigarro foram apreendidas quando estavam no veículo dirigido por ele (BLAZER fls. 06-07).

O fato de ter afirmado que corraera quando da chegada dos policiais porque “ficou assustado” também demonstra que estava a praticar ato ilícito. Se não fosse assim, não haveria motivo para surpresas indesejadas.

Ademais, a localidade em que foram apreendidas as mercadorias é um indício muito forte de que ambos os Acusados concorreram para a prática delituosa.

Com efeito, como afirmado pela testemunha GABRIEL, foi avistado um veículo entrando no pasto. Os policiais, então, desconfiados da situação, seguiram o carro e, às margens do rio, se depararam com alguns indivíduos com caixas perto do carro. A testemunha recorda-se que, no interior do veículo, não havia documento fiscal. Disse que alguém teria deixado a mercadoria lá para eles (Acusados) irem pegar. Aduziu que o local é um pasto aberto e que presenciou o momento em que a porteira foi aberta e foram até a margem do rio.

Acrescente-se a isso a afirmação de que foram feitas várias ligações para o seu celular (de CÍCERO) realizadas por pessoas que se diziam seus “clientes”. A razão das ligações era a insatisfação com a demora na entrega da mercadoria, conforme afirmado pelo policial GABRIEL.

Ora, de tudo o que foi narrado, não resta a menor dúvida de que CÍCERO detinha consigo as setenta e sete caixas de cigarro que foram apreendidas e que sua intenção era vendê-las. Tal conclusão apóia-se no modo de vida que vinha levando (camelô), pelas circunstâncias relatadas pela testemunha GABRIEL e nos demais indícios trazidos aos autos (cf. explanado acima).

Tudo leva à ilação inexorável de que CÍCERO atuou em conformidade com o descritivo penal do art. 334, § 1º, c, do CP, na modalidade de “manter em depósito” com a finalidade de vender a mercadoria de procedência estrangeira.

Diante de tais conclusões, não merece prosperar, *com as vênias devidas*, a alegação da d. defesa no sentido de que o MPF não teria se desincumbido do ônus de provar a autoria do delito tampouco sua materialidade.

Todos os elementos (objetivos e subjetivos) da norma penal incriminadora estão contidos nos autos, seja na narrativa formulada na denúncia, seja nas provas coligidas em Juízo.

Por outro lado, é fato que o Direito Processual Penal admite a comprovação de fatos de forma indiciária (art. 239, *caput*, do CPP. *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*), *conquanto tal regra tenha sido exposta somente por amor à argumentação*, pois, do que se constata da argumentação supra, restaram devidamente comprovados os elementos subjetivos e objetivos da conduta penalmente relevante.

Neste diapasão, portanto, não há qualquer dúvida que beneficie o Réu. Pelo contrário: há certeza penalmente comprovada de que praticou a conduta delitiva.

2. Da Corrê LUCIA

2.1 Da capitulação do crime

Com o devido respeito, não merece prosperar o pleito defensivo no sentido de que a Ré

LUCIA teria incorrido nas penas do tipo descrito no art. 349, *caput*, do Código Penal.

Com efeito, a conduta imputada à Ré é especificamente descrita como sendo a de “negociar cigarros do Paraguai com o motorista da Blazer, pois possuíam uma loja de artigos importados” (f. 240).

Do que se infere do quadro descritivo traçado na peça inicial acusatória, a imputação diz com o ato de comércio e não com o possível transporte da mercadoria (favorecimento real).

É fora de dúvida que a conduta imputada à Demandada amolda-se perfeitamente ao descrito no art. 334, § 1º, alínea c, do CP na modalidade de utilização “em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira [...] que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem”.

De tal forma que, *com as vênias devidas à ilustrada defesa*, não vejo como ocorrer nova capitulação do delito. Da narrativa dos fatos da peça acusatória denota-se, com grande clareza, que a imputação deve ser aquela observada pelo d. MPF.

2.2 Das mercadorias importadas irregularmente

Por outro lado, não há que se prolongar o debate acerca da procedência (ou não) estrangeira das mercadorias. Como retratado no item “da materialidade delitiva”, o laudo pericial comprovou que os bens são provenientes de outro país que não o Brasil.

2.3 Da Autoria

Com as vênias devidas à d. defesa, há de se reconhecer a concretização da conduta pela Ré LUCIA.

Com efeito, como dito anteriormente neste mesmo julgado, todas as circunstâncias em que ocorreram os fatos levam à conclusão inabalável de que a Demandada agiu com o dolo e a consciência necessários à tipificação de sua ação.

Como foi afirmado pela testemunha GABRIEL, a apreensão ocorreu em lugar ermo (uma pastagem próxima ao Rio Piracicaba), no final da tarde (foi a própria Corrê quem afirmou o horário da apreensão em seu interrogatório).

Ademais, a forma com que LUCIA conhecera ERICA traz mais indícios de que tramavam a realização da conduta ilícita.

A rigor, não é razoável supormos que uma pessoa, *de médio conhecimento*, logo após manter contato com alguém na *internet* passe a fazer viagens, passeios e frequentar sua casa (de ERICA) sem qualquer desconfiança.

É por demais óbvio que a Ré LUCIA sabia que ambos iriam ao encontro de CÍCERO e que tinham (ERICA e VINICIUS) a finalidade de comprar produtos introduzidos no mercado nacional de forma ilícita.

O d. advogado da Acusada tem razão ao afirmar que a inexistência de petrechos para pesca não implica concluirmos que sua conduta há de ser tida como criminosa. A Demandada poderia pretender ir à chácara apenas para acompanhar ERICA e VINICIUS, sem qualquer objetivo de participar de eventual pescaria.

Mas, apesar do acerto da alegação, é fato que todas as demais provas do feito convergem para a autoria de LUCIA.

Por fim, a ser acrescentado ao acervo probatório, o fato de que VINICIUS conhecia CÍCERO, haja vista que a própria Acusada afirmou que o último chamou o primeiro.

Desta forma, reunidos os fatos amealhados durante a instrução probatória, não há dúvida de que a intenção da Corré era a de adquirir os bens que foram apreendidos.

Afasta-se, por conseguinte, a alegação da defesa no sentido de que deveria incidir o princípio do “in dubio pro reo”, haja vista a existência de prova contundente que instrui o feito.

2.4 Do *iter criminis*

De ser anotado que os atos preparatórios, como proclama a doutrina, não são passíveis de sanção penal, salvo as exceções especificamente previstas em nosso ordenamento jurídico (art. 31, *caput*, do CP).

Também é certo afirmarmos que somente pode ocorrer a tentativa após o início da execução do crime. Há nítida divisão entre atos preparatórios e execução.

Ora, a Corré teve imputada contra si a conduta de “tentar adquirir, de forma oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira” (f. 241) que sabia ser produto de introdução clandestina no país.

De toda a sorte, é fato que o MPF imputou a CÍCERO a modalidade de *vender* a mercadoria importada fraudulentamente e à LUCIA a conduta de *tentar utilizar*, em “proveito próprio” na forma “adquirir” as referidas mercadorias.

Por este motivo, não há se falar, como já dito anteriormente, em favorecimento real na exata medida em que restou demonstrada que a finalidade da conduta da agente estava voltada para a aquisição de tais bens e não para prestar auxílio ao Corréu CÍCERO.

No que toca ao tema central do presente item (*iter criminis*) é fato que, ao se dirigir a local ermo, realizar o encontro com CÍCERO (acompanhada de VINICIUS e ERICA) e estar diante da mercadoria que fora apreendida, é fora de dúvida que já tinha iniciado a execução do tipo penal.

Para que nele não incidisse, precisaria desistir da ação ilícita, fato que demonstra, à saciedade, o seu início.

Contudo, há de se ratificar o posicionamento do d. representante do MPF que requereu sua condenação à tentativa do delito e não ao crime consumado.

A rigor, não obteve êxito total em sua empreitada criminosa, motivo pelo qual há de se reconhecer que a aquisição da mercadoria não ocorreu em consequência da intervenção policial.

Ora, se circunstâncias alheias à vontade do agente impedem a consumação do delito, é fato inexorável que ocorreu tentativa.

Porém, como a tentativa é causa de diminuição de pena prevista na parte geral do CP (art. 14, II), somente será analisada quando da individualização da pena.

3. Dispositivo

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia para:

3.1 CONDENAR CÍCERO APARECIDO DA SILVA, portador do RG n. 51.828.170-X e CPF n. 738.685.319-04, brasileiro, vendedor, nascido em 05-09-68, filho de Luiza Paulino da Silva e Julio Caetano da Silva, como incurso nas penas do art. 334, § 1º, alínea c, do CP, *em sua forma consumada*.

Passo à individualização da pena.

3.1.1 Dos critérios do art. 59, caput, do CP

O d. representante do Ministério Público Federal afirma que o Réu “*foi condenado em período anterior à denúncia desta ação pelo crime de contrabando*” (f. 553) com fundamento no documento de f. 284 dos autos.

Com as vênias devidas ao d. Procurador da República, é fato que o documento atesta que o Réu foi condenado, mas não há data de tal condenação. O indicativo de 08-07-03 diz respeito à distribuição do feito e não da condenação propriamente dita.

Em todo o caso, é fora de dúvida que o Réu foi condenado pela Justiça Federal da 4ª Região antes da prolação da presente sentença, haja vista que a certidão foi expedida em 2010 e esta decisão é lavrada no ano de 2013. Mas, daí a se chegar à conclusão de que foi condenado antes do oferecimento da denúncia vai uma grande distância.

O fato é que, apesar de não se saber ao certo quando foi efetivamente condenado (ônus que competia ao MPF provar), é inexorável que, conquanto não possa ser considerado reincidente (ante tal omissão), não menos certo é dizermos que a personalidade do ofensor é voltada para o crime.

Tal constatação implica reconhecimento de situação que majora a pena-base na medida em que o art. 59, *caput*, do Código Penal estabelece que a personalidade do agente deve ser levada em consideração na dosimetria da pena.

Assim, tendo em vista que a pena mínima cominada para a conduta imputada ao Demandado é de um ano de reclusão, a ela acrescento a fração de 1/6 (um sexto), *motivo pelo qual passa a ser de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão*.

Diante do quadro acima traçado no que toca à personalidade do agente que é voltada para o crime, não há possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos enumeradas no art. 43 e seguintes do CP, haja vista que há impeditivo legal para a sua concessão (art. 44, III, do CP).

Desta forma, além de não ostentar direito ao cumprimento das chamadas penas alternativas, deverá iniciar a execução da pena em regime fechado, haja vista o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Ante o exposto, FIXO A PENA DEFINITIVA em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão. Tendo em vista que a personalidade do agente é voltada ao delito, determino o início de sua execução em regime fechado, pelo que fica afastada a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito.

3.2 CONDENAR LUCIA LAZARIN, portadora do RG n. 5.027.939-1 e CPF nº 600.302.329-53, brasileira, balconista, nascida em 07-11-66, filha de Cenira da Rocha Lazarin e Santo Lazarin, como incurso nas penas do art. 334, § 1º, alínea c, do CP, *em sua forma tentada*.

No que toca à pena-base não há qualquer circunstância judicial a incidir. Com efeito,

não há qualquer elemento, nesta fase da dosimetria da pena, que a faça ser majorada, motivo pelo qual fixo-a em 1 (um) ano de reclusão.

Por outro lado, há circunstância agravante genérica a incidir na fixação da pena definitiva, senão vejamos:

O d. representante do Ministério Público Federal afirma que a Ré “foi condenada pelo crime de contrabando no processo n. 2007.70.02.005806-4 no TRF da 4ª Região, com trânsito em julgado em janeiro de 2008 (f. 283), portanto a ré é reincidente, devendo tal condição ser considerada na dosimetria da pena” (f. 554).

Com efeito, o documento de f. 287 (e não o de f. 283, *com as vênias devidas ao d. representante do Parquet Federal*) aponta que a Ré foi condenada pela prática da conduta descrita no art. 334 do CP em 11-04-03 e que a referida sentença transitou em julgado em 15-02-08.

Ora, o fato imputado à Condenada ocorreu em 04-09-08, data posterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, elemento que determina a aplicação do disposto no art. 61, I, do CP.

Diante de tal fato, majoro a pena-base em 1/6 (um sexto), motivo pelo qual fixo a nova sanção em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Por fim, de incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do CP (tentativa).

Ora, como o *iter criminis* se desenvolveu até *instantes* antes da efetiva consumação, a diminuição da pena deve se dar pelo seu mínimo.

É dizer: o crime estava na *iminência* de sua consumação e, portanto, seu *iter* já havia decorrido quase que totalmente.

Numa tal situação, a reprimenda deve ser fixada de forma mais áspera quando comparada àquela hipótese em que o agente tenha apenas iniciado a execução do delito, por exemplo.

Neste sentido nossa jurisprudência:

ACR 50064585620114047002 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Relator(a) MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador SÉTIMA TURMA Fonte D.E. 21/11/2012 Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sétima Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado. Ementa PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO. ART. 18 DA LEI 10.826/2003. TENTATIVA. REDUÇÃO. QUANTUM. O critério de diminuição da reprimenda, previsto no art. 14, parágrafo único, do CP, deve ser aferido levando em consideração o “*iter criminis*” percorrido pelo agente. Tendo em vista que, no caso, a conduta do réu percorreu quase todas as etapas de execução do delito, na medida em que se encontrava ultrapassando a zona alfandegária com arma de fogo, não tendo logrado êxito na consumação de seu intento única e exclusivamente pela atividade prudente das autoridades fazendárias, faz jus o acusado à redução no patamar mínimo, ou seja, 1/3 (um terço). (Data da Decisão 14/11/2012 Data da Publicação 21/11/2012 Relator Acórdão SALISE MONTEIRO SANCHOTENE)

Diante de tal fato, diminuo a pena privativa de liberdade em 1/3 (menor fator a ser aplicado pelo magistrado), de tal sorte que a PENA DEFINITIVA passa a ser de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias.

Diante desse quadro, não há possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos enumeradas no art. 43 e seguintes do CP, haja vista que há impeditivo legal para a sua con-

cessão (art. 44, III, do CP), na medida em que a personalidade do agente não se coaduna com a sua substituição.

Desta forma, além de não ostentar direito ao cumprimento das chamadas penas alternativas, deverá iniciar a execução da pena em regime fechado, haja vista o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória: a) os nomes dos Réus serão lançados no rol dos culpados; b) oficiem-se os departamentos criminais competentes para fins de estatística e antecedentes criminais e c) officie-se o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição da República.

Intime-se o MPF para que se manifeste acerca do destino dos valores depositados em Juízo às fls. 32/37 e acerca da certidão formalizada à f. 38 dos autos.

Custas pelos Réus.

P.R.I.

Oportunamente, ao arquivo

Juiz Federal MIGUEL FLORESTANO NETO

AÇÃO PENAL

0005246-24.2009.4.03.6181

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: KHALED HUSSEIN ALI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/12/2013

KHALED HUSSEIN ALI, qualificado nos autos, responde como incurso nas condutas tipificadas no artigo 20, parágrafo segundo, da Lei 7.716/89. Consta que ele teria postado, por meio da rede mundial de computadores, em fóruns citados na denúncia, *links* para baixar arquivos de material multimídia intitulado “CD para o povo da Faixa de Gaza”. Segundo consta, o material escrito por TERCEIRA pessoa condena as ações israelenses na faixa de Gaza e propõe “matar os assassinos do profeta de Deus” e a “não poupar esforços em golpear os pilares da aliança diabólica dos judeus e cristãos traidores”.

A denúncia foi recebida em 07/08/2012.

A instrução correu normalmente, não havendo nulidades a serem sanadas.

Em alegações finais pediu a acusação a procedência da ação e a condenação do réu nos termos da inicial. A defesa pediu a absolvição, à tese da ausência de elemento subjetivo doloso.

Relatei o necessário.

DECIDO.

A liberdade de expressão é um direito fundamental reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”¹; na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²; na Resolução 59(I) da Assembléia Geral das Nações Unidas; na Resolução 104 adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP, e em outros instrumentos internacionais.

No Brasil, assim reza a Constituição cidadã:

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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

Certo é, porém, que mesmo os valores constitucionais mais sensíveis comportam ponderação com valores da mesma espécie, fazendo prevalecer, em nosso sistema jurídico, a regra da “convivência das liberdades públicas”, cuja premissa maior é a de que não existem direitos

¹ Artigo 19

² Artigo 13

de natureza absoluta. Já deliberou a Excelsa Corte que as liberdades públicas não são incondicionais e que, por isso, devem ser exercidas de forma harmônica.

No direito internacional encontram-se positivadas a legalidade de eventual restrição de determinado direito em ponderação com outro de igual naípe. Por exemplo, o artigo 19 (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O dispositivo prevê restrição à liberdade de expressão, desde que a restrição seja prevista em lei e necessária à defesa de outros direitos de igual estirpe. Logo, há necessidade de que a restrição esteja positivada e que seja necessária no caso concreto (objetive resguardar um interesse legítimo).

Em 1989 surge a Lei 7.716, cujo artigo 20 assim dispõe: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, com pena aumentada caso o delito seja cometido via utilização de veículo de comunicação social ou pública.

O Decreto 592, de 6 de julho de 1992, determinou que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. O artigo 20 (2) do documento proíbe qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

O discurso do ódio, caracterizado por qualquer atitude, conduta ou expressão que incite a violência ou discriminação contra um grupo de pessoas, perturba a sociedade atual, havendo quem defenda que a prática pode incitar crimes contra a humanidade.

A ONU, com base em conclusões tiradas a partir de encontros realizados em dezembro de 2008 e de fevereiro de 2009, sobre liberdade de expressão e igualdade, elaborou os princípios “Canden”, que representam uma interpretação progressiva dos padrões e normas internacionais, das práticas aceitas pelos Estados e dos princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações.

O princípio 12 fornece uma proposta de texto legal para a interpretação e aplicação do artigo 20 (2) do PIDCP, no sentido de que todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio).

Assim, segundo o princípio 12, os sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que: *i) os termos “ódio” e “hostilidade” se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado; ii) o termo “promoção” deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado; iii) o termo “incitação” se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos; iv) a promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.*

A Suprema Corte dos Estados Unidos protege a liberdade de expressão de forma ampla, apenas restringindo-a nos casos de obscenidade, difamação, palavras de guerra, incitação à violência ou conspiração iminente. Segue, assim, o entendimento de que proibir o discurso odioso é ineficaz, já que leva à opressão de ideias.

O caso mais recente foi apreciado em 2011, quando a Corte julgou o caso *Snyder v. Phelps*. Ao longo dos últimos 20 anos, a congregação “Westboro igreja Batista” vinha realizando protestos em funerais militares. Phelps viajou a Maryland com outros associados para protestar durante o enterro de um militar, morto em ação no Iraque, exibindo cartazes com dizeres como: “obrigada, Senhor, pelos soldados mortos”, “padres estupram crianças”, dentre outros

semelhantes. O pai do militar ingressou com ação contra os manifestantes, todos condenados em primeira instância ao pagamento de indenização.

Antes do julgamento do recurso a mídia sinalizava que a Suprema Corte americana poderia inovar, restringindo pela primeira vez a liberdade de expressão, em juízo de ponderação com os demais direitos fundamentais. A Corte, porém, contrariando a suposta expectativa popular, entendeu não haver configuração de ofensa aos parentes do morto, mas tão-somente o intuito de atrair a atenção da sociedade para a mensagem de protesto contra a existência de homossexuais em quadros militares.

No Brasil, a tendência era diversa, como se depreende do julgamento do STF no caso Ellwanger³, em setembro de 2003. Por 8 votos a 3, houve a condenação pelo crime da prática de racismo. Ellwanger publicou livro considerado antissemita intitulado: “Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”.

Porém, o Supremo Tribunal Federal inovou no julgamento do caso que ficou conhecido como “marcha da maconha”.

A Procuradora Geral de República Deborah Duprat protocolou em 2009 um pedido de Arguição de Desrespeito à Preceito Fundamental (ADPF) com relação aos argumentos apresentados pelos tribunais que proibiram as manifestações públicas pela liberalização do uso da maconha. No que se refere diretamente à liberdade de expressão e transversalmente ao direito à comunicação, a procuradora esclareceu “porque o fato de uma ideia ser considerada errada, ou até mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida” (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, declarou que não se pode proibir a realização de protestos em prol da descriminalização do uso de drogas. Para os ministros, eventos que tais são o retrato da liberdade de expressão. Nesse sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello: “Nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do estado de reprimir a liberdade de expressão. O pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre”.

DO CASO CONCRETO POSTO EM JUÍZO

O dilema “liberdade de expressão” x “discurso de ódio”, no caso em tela, reflete disputa milenar por território. Em 1987 inicia-se em Gaza a Intifada, consistente em manifestações diárias da população civil palestina contra os soldados israelenses, que muitas vezes revidam com fogo. Trata-se, assim, de grupos antagônicos cuja discórdia e ódio recíproco é inerente a condição do indivíduo que nasce – ou tem família ou parte dela – lá ou cá.

Nesse contexto, tenho que a manifestação de pensamento exarada pelo réu em fórum da internet, apesar de consistir em indubitável “hate speech”, ou discurso de ódio, não traz risco aumentado de ofensa a bem jurídico inerente ao tipo penal a que ora responde.

É que a conduta do réu não é capaz, por si só, de criar ou de aumentar o risco da ocorrência de resultado juridicamente relevante, já que o conflito entre judeus, cristãos e muçulmanos transcende em muito a manifestação lançada. E cediço que a limitação da liberdade de expressão via tutela jurisdicional é a última *ratio*, somente cabendo em casos extremíssimos,

3 HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

de quase ruptura do sistema.

Oportuno transcrever parte da lição de Luis Roberto Barroso:

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do *interesse público* no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do *conteúdo* veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas “inconvenientes”, sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada *preferred position* de que essas garantias gozam⁴.

No caso concreto, o *link* de acesso ao opróbrio publicamente lançado contra judeus e cristãos em fórum da Internet é, de fato, reprovável do ponto de vista ético. Juridicamente, porém, não há falar-se em crime, dada a especificidade de os povos em tela terem toda a sua história permeada por atrocidades uns contra os outros.

E o ser humano contemporâneo, marcado pelas mazelas históricas e pelo conjunto de experiências nele inserido ao longo da existência, pode compreender como fundamental a contraposição de ideias e opiniões para que se configure uma sociedade baseada na igualdade e na justiça.

Trata-se de discurso de “minorias” (muçulmana) contra outra minoria (judaica). E o Estado tem o dever de zelar por *ambas as minorias*. No ponto, destaco a ausência de atitude de relevo por parte das Nações Unidas com escopo a solucionar pacificamente o litígio. Há assim, séria dúvida sobre a existência de eventual tipo penal a ser coibido.

Motivos pelos quais ABSOLVO KHALED HUSSEIN ALI nos termos do artigo 386, VI. P.R.I.C.

São Paulo, 18 de outubro de 2013.

Juíza Federal ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

⁴ http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm

AÇÃO PENAL

0001920-22.2010.4.03.6181

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: C. P. A.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TORU YAMAMOTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/09/2013

Vistos etc.

O Ministério Público Federal denunciou C. P. A., qualificado nos autos, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, c/c artigo 69 do Código Penal, pelos seguintes fatos apurados em Peças Informativas:

Consta dos autos que o ora denunciado, na qualidade de sócio cotista e responsável pela gerência e administração financeira da empresa GIANPETRO DISTRIBUIDORA DE PERÓLEO LTDA., CNPJ nº 01.530.931/0001-64, situada na Rua XV de Novembro, 200, 6º andar, sala A, Centro, São Paulo/SP, de forma consciente e voluntária, suprimiu e reduziu o pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, relativamente ao ano-calendário de 2002, mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias.

Em ação fiscal da Secretaria da Receita Federal, apurou-se que o acusado, na qualidade de representante legal da referida empresa praticou irregularidades pertinentes à legislação do Imposto de Renda, sendo que, ao apresentar a declaração de DIRPJ referente ao ano-calendário de 2002, procedeu à tributação com base no lucro presumido, razão pela qual foi intimado a apresentar os livros contábeis e fiscais da empresa.

Ante a não apresentação do livro-caixa, apesar de reiteradamente intimada, a empresa teve o lucro arbitrado de acordo com o disposto no artigo 530 do RIR/99.

Em razão dos fatos noticiados, foram lavrados os Autos de Infração (fls. 799/807) constantes do PAF nº 19515.004576/2008-30, constituindo os créditos tributários no importe de R\$ 1.403.009,55, a título de IRPJ; e R\$ 655.187,22, a título de CSLL, já acrescidos dos consectários elgais, perfazendo um crédito tributário total em favor da União, no valor de R\$ 2.058.196,77 (dois milhões, cinquenta e oito mil, cento e noventa e seis reais e setenta e sete centavos), atualizado até 27/08/2008.

Devidamente intimado, não procedeu o representante legal da empresa à quitação ou ao parcelamento do crédito tributário em questão, tendo sido o processo administrativo encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva, encontrando-se os débitos já inscritos e na fase “ATIVA AJUIZADA”, sem qualquer notícia de pagamento ou parcelamento, conforme informa a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região (fls. 818/822 – não numeradas)

Assim, o denunciado, na qualidade de responsável pela gerência e administração financeira da empresa GIANPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., agindo de forma livre e consciente, suprimiu e reduziu o pagamento de IRPJ e CSLL da empresa, mediante a omissão de informações e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias, relativamente ao ano-calendário de 2002.

Por fim, considerando-se que o tributo e a contribuição suprimidos e reduzidos possuem, cada qual, forma própria de recolhimento, resta clara a existência de desígnios autônomos no sentido da prática de mais de um delito pelo acusado.

A denúncia foi recebida em 07/07/2010 (fls. 849/850).

Inicialmente, o réu não foi localizado para citação pessoal (fls. 859, 915). Após pesquisas realizadas, logrou-se encontrar seu endereço atualizado, razão pela qual foi citado pessoalmente (fls. 929).

O réu constituiu defensor e apresentou resposta à acusação, ocasião em que arrolou três testemunhas (fls. 895/900).

Ausente qualquer das hipóteses previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi determinado o prosseguimento do feito (fls. 904).

Instado a explicitar os motivos pelos quais requereu a realização de prova pericial, a defesa se manifestou a respeito e requereu a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal (fls. 938).

Durante a instrução, foram ouvidas uma testemunha comum e uma testemunha de defesa (fls. 967/968), sendo homologada a desistência da testemunha de defesa remanescente (fls. 964, item 1).

Ao final, o réu foi interrogado (fls. 966), ocasião em que alegou o seguinte, em livre transcrição:

Sobre o ano-calendário de 2002, eu não tinha nem ciência desse auto. Tanto que eu nem assinei esse auto. Não tenho nada a acrescentar sobre essa acusação. Eu tinha 1% na empresa, mas eu não administrava a empresa. A empresa tinha um pessoal que cuidava da parte administrativa, no caso, a Sandra Regina. Os documentos vinham vistados por ela e eu assinava. Eu tinha escritório no mesmo prédio, porque a gente prestava serviços, mas não tinha acesso constante à empresa. Sandra Regina não era sócia da empresa; era funcionária. Eu não sei de quem ela recebia a delegação, mas eu recebia os documentos por ela. Até a venda efetiva da empresa, o senhor Antonio continuava na empresa; ele também acompanhava a parte administrativa. Eu nem tive conhecimento de que os livros fiscais deveriam ser entregues à fiscalização. Só tomei conhecimento de tudo quando recebi a intimação. Não tinha nem idéia. Não tenho antecedente criminal. Trabalho como auxiliar de vendas. Sou registrado. Não tenho nada contra a testemunha, eu nem a conheci. Tenho um filho que faz 2 anos hoje e uma enteada. Eu não me lembro exatamente quais os poderes que estavam na procuração, mas sei que tinha poder para assinar pela empresa. Eu não tinha consciência do que estava assinando.

Encerrada a instrução, as partes nada requereram como diligências complementares (fls. 964, item 2)

Em alegações finais, o Ministério Público Federal, entendendo comprovadas a materialidade e a autoria, requereu a condenação do réu (fls. 972/975).

Em alegações finais, a defesa do réu requereu, preliminarmente, a conversão do julgamento em diligência, com o intuito de buscar a verdade real por meio da oitiva de duas testemunhas, alegando não haver, nos autos, demonstração específica de poder de gerenciamento e administração. No mérito, requereu a absolvição, aduzindo não ser o autor do crime, pois apenas assinou documento como figurante, sem conhecimento das razões de sua lavratura (fls. 978/982).

O Ministério Público Federal se manifestou acerca da preliminar ventilada pela defesa (fls. 984/985).

O réu não possui antecedentes criminais, mas se viu envolvido em mais um processo por crime contra o sistema financeiro nacional (fls. 6 do apenso) e por crime de lesão corporal

culposa, em que foi declarada extinta a punibilidade (fls. 8 e 11 do apenso).

É o relatório.

DECIDO.

PRELIMINAR

Desnecessária a conversão do julgamento em diligências, como pleiteada pela defesa, pelas razões a seguir expendidas sobre o mérito desta ação penal.

IMPUTAÇÃO

Imputa-se a C. P. A. o crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, em concurso material, porque, segundo a denúncia, no ano-calendário de 2002, na qualidade de responsável pela gerência e administração financeira da pessoa jurídica GIANPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., estabelecida nesta Capital, na Rua XV de Novembro, nº 200, 6º andar, sala A, Centro, suprimiu e reduziu o pagamento de IRPJ e CSLL da empresa, mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas e a prestação de falsa declarações às autoridades fazendárias.

MATERIALIDADE

A teor da denúncia, a materialidade do crime imputado ao réu, o art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, consubstancia-se no Auto de Infração – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (fls. 809/812) e no Auto de Infração – Contribuição Social sobre Lucro Líquido (fls. 813/816).

Pelas razões a seguir expostas, entendo que, na espécie, tais Autos de Infração não comprovam a materialidade do crime atribuído ao réu.

De início, mister explicitar alguns equívocos constantes da denúncia, para melhor fundamentação do quanto segue.

Nesse passo, é de se consignar que o contribuinte *ou* suprime *ou* reduz tributo (ou contribuição social ou qualquer acessório). O contribuinte não suprime *e* reduz tributo. A *supressão* de tributo refere-se à sua *evasão total*, porquanto o agente, de modo geral, impede que o tributo ou obrigação acessória surja no mundo jurídico e, assim, elimina-o dele, enquanto a *redução* significa a sua diminuição, isto é, o agente o recolhe em *quantum* inferior ao devido.

A denúncia não explicita se a empresa GIANPETRO *suprimiu*, no ano-calendário de 2002, *todo* o IRPJ e *todo* o CSLL devidos à Fazenda Nacional ou *reduziu* parte deles, recolhendo um *quantum* menor que o devido. O fato de a Receita Federal ter *arbitrado* o lucro e constituído o crédito tributário nos montantes de R\$ 1.403.009,55, a título de IRPJ, e R\$ 655.187,22, a título de CSLL, *não significa* que a referida empresa tenha *suprimido* tais tributos, já que, consoante a denúncia, a empresa “procedeu à tributação com base no lucro presumido”, ou seja, a empresa *recolheu tais tributos* “com base no lucro presumido”; da mesma forma, *não significa* que tenha ela *reduzido* tais tributos nesses montantes, porquanto os valores supra-mencionados foram *arbitrados* pelo fisco *por não ter a empresa apresentado seus livros*

contábeis e fiscais. Por conseguinte, não há como *presumir* que houve *redução* do tributo devido em decorrência da conduta do réu.

Aliás, é de notar que, consoante Relatório de Encerramento de Ação Fiscal, a base de cálculo para o arbitramento do lucro foram *os valores informados* como faturamento ou receita bruta constante da DIPJ relativa ao ano-calendário de 2002, nas fichas 19 B e 20 B – Cálculo da Contribuição para PIS/PASEP e da COFINS respectivamente (fls. 803); logo, a empresa não *suprimiu* todo o tributo devido ao Fisco.

Um outro ponto constante da denúncia que, a meu ver, repercute no aspecto *objetivo* do crime tributário atribuído ao réu, refere-se à não especificação da ação nuclear do tipo praticada pelo réu, ou seja, ela não especifica se o réu cometeu o crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, na forma omissiva imprópria ou comissiva por omissão “mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas” ou na forma comissiva “mediante a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias”, já que a peça acusatória menciona que o réu *suprimiu e reduziu*, no ano-calendário de 2002, IRPJ e CSLL (1º equívoco), mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias (2º equívoco).

Em outras palavras, o réu, segundo a denúncia, cometeu tanto o crime omissivo impróprio como o comissivo. Mas a denúncia, embora se refira à *omissão* na apresentação do livro-caixa pela empresa, nada descreve quanto às *falsas declarações* supostamente prestadas pelo réu perante o fisco, lembrando-se que *declaração falsa* é aquela que não corresponde à realidade, portanto, fictícia ou inverídica, *contida na declaração já prestada*.

Dessa forma, por não haver qualquer descrição do fato constitutivo do crime comissivo previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, haja vista a ausência de qualquer descrição ou referência quanto à questão “em que consistiu a falsidade da declaração já prestada pela empresa”, atendo-me, na análise da materialidade, tão-só, ao *crime omissivo impróprio* supostamente cometido pelo réu, que implicou a suposta *redução* do tributo devido. Desconsidero, assim, por inépcia parcial da denúncia, as ações nucleares “*suprimir* tributo” e “*prestar* declaração falsa” mencionadas na denúncia, mas sem qualquer suporte fático.

Antes de prosseguir, entendo necessário tecer mais algumas considerações sobre a materialização do crime de sonegação fiscal.

Uma das premissas para se interpretar o tipo objetivo previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é a constatação de que o crime em tela é material ou de resultado, isto é, ele só se configura quando a ação ou omissão do agente efetivamente produz o resultado nele previsto. Assim, a materialização desse crime pressupõe a existência de um nexo causal entre cada uma das condutas elencadas nos incisos I a V e no parágrafo único do art. 1º e a supressão ou redução de tributo.

Por conseguinte, se não houve a supressão ou redução do tributo devido, as ações nucleares do tipo *em si* não caracterizam o crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Na hipótese dos autos, como visto, não houve a supressão do IRPJ e do CSLL, já que a empresa recolheu tais tributos com base no lucro presumido. Da mesma forma, é de ver que o arbitramento desses tributos realizado pela Receita Federal deveu-se não à constatação de que os tributos recolhidos pela empresa eram inferiores aos devidos, mas sim, tão-somente, em função da não apresentação do livro-caixa.

Dessa forma, entendo que, na hipótese dos autos, os Autos de Infração lavrados pela Receita Federal não consubstanciam a materialidade do crime em tela, porquanto não com-

prova se houve ou não a redução do tributo devido e nem sequer quanto foi, efetivamente, o montante do tributo reduzido.

Releva, notar, outrossim, que “nem todo devedor do fisco é criminoso, nem toda infração da normativa tributária relacionada com o nascimento da obrigação tributária e seu lançamento é constitutiva de crime, mas somente nos casos em que representem uma *manobra fraudulenta* para enganar a Fazenda Pública, em detrimento do erário público.”¹

Por conseguinte, é de se questionar se o fato de a empresa não ter apresentado o seu livro-caixa, quando reiteradamente intimada para tanto, é uma *manobra fraudulenta*?

Entendo que não.

É que, como prelecionam Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro: “a relevância típica da *omissão*, dependerá da idoneidade do comportamento omissivo para induzir a Administração em erro, ou seja, é necessário que a omissão seja capaz de enganar a Fazenda Pública, *assumindo o caráter de ocultação intencional* de fatos com relevância tributária (...).”²

Na espécie dos autos, o fato de a empresa GIANPETRO não ter apresentado o seu livro-caixa não induziu a Administração em erro, nem foi capaz de enganar a Fazenda Pública, pois não impediu o fisco de apurar o crédito tributário por meio de arbitramento. Portanto, é de se concluir que não foi uma manobra fraudulenta capaz de induzir a Fazenda Pública em erro, nem de enganá-la; logo, não se cuidou de uma *omissão criminosa* ou uma *omissão com relevância penal* por parte da empresa GIANPETRO, abstraídas, obviamente, suas conseqüências na esfera fiscal-administrativa.

Não há, por conseguinte, como se admitir, no aspecto objetivo, a ocorrência do crime omissivo ou comissivo por comissão previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

É certo que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.137/90, eventualmente aplicável ao caso, mediante um esforço interpretativo à evidência forçado, tipifica o desatendimento de exigência da autoridade fiscal como crime. Contudo, como o crime do art. 1º é crime material ou de resultado, o parágrafo único não está fora do contexto em que se insere, não se erigindo como crime autônomo. Assim, esse dispositivo não incrimina a mera conduta de desatender exigência da autoridade fiscal, mas tão-somente quando tal conduta implique supressão ou redução de tributo.

Nesse sentido, a lição de Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro a seguir transcrita subsidia o quanto se afirmou acima:

(...), na medida em que o crime do art. 1º é de resultado, a simples realização das condutas descritas não é suficiente para a sua consumação, sendo necessário constatar a efetiva *supressão* ou *redução* de tributo. Nessa linha de entendimento, discordamos veementemente de setor da doutrina e da jurisprudência que considera a conduta descrita no parágrafo único como *crime autônomo*, de *mera conduta omissiva*, isto é, como crime omissivo próprio. Especialmente porque a *mera desobediência* do cidadão ao cumprimento de obrigações ditas pelo fisco não pode assumir as características de crime tributário, nem mesmo na forma tentada, a menos que nos distanciemos da concepção de Direito Penal da culpabilidade no marco de um Estado Democrático de Direito, que prima pela liberdade do indivíduo e pela *proteção subsidiária de bens jurídicos*; caso contrário, estará assumindo uma *concepção funcional normativista radical* de Direito Penal, na linha jakobsiana, em que prevaleça o

1 BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

2 *Ibidem*, p. 121.

simples dever de fidelidade às normas independentemente de eventual ofensa a um bem jurídico determinado. Com efeito, não se pode continuar admitindo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que a *simples omissão ao cumprimento* de uma determinação da Administração seja considerada crime autônomo, como se a negativa de fazer o que a Fazenda Pública dita por meio de seus agentes fosse, por si só, um comportamento criminoso. Semelhante interpretação significa que se exige do cidadão um *dever de fidelidade absoluta* ao Estado e às normas, concepção que somente se encontra em regimes totalitários e ditatoriais, inconcebível sob a égide da Constituição Federal de 1988 (...).

Por fim, o próprio Relatório de Encerramento de Ação Fiscal da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo contém elementos que descaracterizam a tipificação objetiva do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90 em seu bojo.

É de se observar que o próprio AFRFB que o relatou, com endosso de seu AFRFB supervisor, afirmou o seguinte (fls. 804):

Tratando-se de ação fiscal motivada por informações do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, fica dispensada a representação fiscal para fins penais (...), além de que essas irregularidades, por si só, não ensejam a representação.

Ora, se as irregularidades atribuídas à empresa GIANPETRO não ensejam, por si só, a representação fiscal para fins penais, a Receita Federal não vislumbrou a ocorrência de crime tributário.

Corroborando tal ponto de vista, nos Autos de Infração lavrados contra a empresa, aplicou-se multa de 75% (fls. 811/812, 815/816), o que indica que o seu subscritor entendeu não ter havido má-fé na conduta da referida contribuinte.

Do exposto, é de se absolver o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Ainda que assim não fosse, só para argumentar, há também provas documentais que isentam o réu da imputação como autor do delito a ele atribuído na denúncia. Vejamos.

AUTORIA

Nesse passo, é de se observar que, no contrato social consolidado da GIANPETRO Distribuidora de Petróleo Ltda. (fls. 24/32) e suas alterações posteriores (fls. 33/60), C. P. A., embora nomeado procurador, no bojo do próprio contrato social, da sócia majoritária – RENKIS INTERNATIONAL S.A., detentora de 99% (noventa e nove por cento) do capital social, é sócio detentor de apenas 1% (um por cento) do capital social, ou seja, ainda que C. P. A. represente a sócia majoritária como procurador, todo o proveito econômico decorrente da sonegação fiscal que eventualmente beneficie a GIANPETRO seria usufruído, não por ele, mas sim quase que integralmente pela sócia majoritária – RENKIS INTERNATIONAL S.A., não havendo razão para responsabilizá-lo criminalmente pelo suposto crime de sonegação fiscal sem que haja prova contundente nos autos que o aponte como beneficiário *direto* ou *indireto* do tributo eventualmente sonegado, sob pena de lhe imputar responsabilidade criminal objetiva, vedado por nosso Direito nos crimes tributários.

Ademais, a prova oral produzida em Juízo também descaracteriza o crime sob exame no aspecto subjetivo.

Eis a conclusão a que chego ao examinar os depoimentos colhidos em Juízo, que, a seguir, transcrevo livremente:

Gilberto de Lima Garófalo (fls. 968):

Sou auditor fiscal da receita desde 1985. Estou na ativa. Não revi os autos e não me recordo dessa fiscalização. Confirmo o relatório (fls. 802/806). Os livros não foram colocados à disposição, pelo que foi feito o arbitramento do lucro. O arbitramento do lucro é uma forma de apuração do lucro quando não temos outra forma disponível. Foi feito o arbitramento com base na receita informada para imposto de renda. Não me recordo se intimei o representante da empresa. O procedimento normal, no caso de arbitramento, é que vamos duas vezes na empresa para apresentação dos livros. Na falta de apresentação dos livros, nós fazemos o arbitramento. É uma medida adotada quando não há outra forma de apuração. Eu não tive acesso aos livros fiscais e comerciais. A empresa efetivamente existia. Eu fui mais de uma vez à sede da empresa, no centro. Lá, fui atendido pelo senhor César, se não me engano. Não fui atendido por Cristiano. A empresa estava ocupando uma sala em um prédio no centro comercial de São Paulo. Eu não teria condições de vislumbrar a magnitude da empresa. Eu fui à sede da empresa, não posso afirmar se ela tinha algum bem, mesmo porque eu acho que já existia um arrolamento de bens e nesse caso não foi feito por já existir o arrolamento. Assim, não foi verificado se havia bens a arrolar. O arbitramento foi feito com base no imposto de renda do próprio ano. Arbitrei o lucro em função da receita informada. Nesse trabalho, não tenho como verificar se a receita informada tem fundamento. O trabalho foi feito posteriormente, porque os dados de acesso são as informações do fisco estadual e federal. No caso, fiz com base nas informações prestadas ao fisco federal.

Cesar Pinto Arruda (fls. 967):

Eu e o Cristiano tínhamos uma empresa de consultoria administrativa e, no ano de 2002, fomos contratado pela empresa Gianpetro para serviços administrativos, como treinamento de funcionários, porque eu tenho experiência anterior em gestão de empresas e implantação de software. Em 1996, eu comecei a prestar consultoria ao segmento de combustíveis. Esse mercado abriu em 1996. Até então, existiam oito distribuidores de combustíveis no país. A partir de 96, apareceram 250 distribuidoras, ou seja, pequenos postos começaram a ter distribuidora. Só que eles não tinham funcionários para administrarem essas empresas, pois os melhores funcionários estavam nas oito maiores distribuidoras. Eu comecei na Gianpetro. Em 2002, eu prestava esse tipo de serviço. Cristiano é meu irmão. Nosso pai abriu um escritório de contabilidade em 1963 e eu administrei o escritório de 90 a 96 e Cristiano administrava o escritório junto com meu irmão mais velho. Como o escritório era muito pequeno, eu o trouxe para trabalhar comigo na empresa de consultoria. Em 2002, ele estava aprendendo a trabalhar comigo. Eu não lembro dessa atuação de 2002. Nem sei quem era o responsável à época. Não conheço a assinatura de fls. 793/806. Nosso trabalho era de consultoria. Nós não tínhamos ingerência sobre o trabalho da empresa. A contabilidade era terceirizada. A gente não tinha acesso a esse trabalho. Cristiano me prestou um favor. Eu prestava serviço para a Gianpetro e os sócios dessa empresa me disseram que precisavam de um sócio para ter 1%. Eu indiquei o Cristiano. Toda a administração da empresa não era feita por nós. Eles tinham uma gerente, chamada Sandra Regina, que encaminhava alguns documentos para o Cristiano assinar, mas, antes, havia um visto dela. Foi simplesmente um favor que ele fez. Quem contratou essa moça foi o senhor Antonio e Daniel, ex-sócios da empresa. Eles venderam a empresa em 2002 e colocaram 99% em uma *off-shore*. Nós prestamos um favor a eles, pois tínhamos interesse em manter as negociações. Cristiano não tinha poder de decisão nenhum. Nosso escritório era próximo e nós prestávamos serviço. Na época, 1% equivalia a R\$ 10.000,00. Foi ingenuidade da nossa parte. A empresa *off-shore* tinha que ter um procurador e o Cristiano

acabou sendo. Cristiano permaneceu como procurador dessa empresa de 2002 a 2004. Houve um desentendimento e substituíram Cristiano por Cláudio Afonso. Isso em 2004 para 2005. Só que não revogaram os poderes dados ao Cristiano na época, mas houve até ruptura de nosso contrato. Além da sociedade de 1%, também havia uma procuração, feita no Uruguai, com poderes para ele assinar cheque, documentações da empresa. Não me lembro de todos os poderes, mas ele tinha alguns poderes sim. Os donos da empresa Gianpetro estão vivos. Que eu saiba, não foram arroladas como testemunhas de defesa. É Gianfratti. Eu acredito que a procuração tenha sido outorgada no final de 2002, quando a *off-shore* entrou no lugar do senhor Antônio. Como o senhor Antônio não recebeu os valores da venda da empresa, supostamente, ele administrava a empresa até recebê-los. Ele tinha o direito de ficar lá e colocou a Sandra Regina como administração. Sandra Regina era funcionária registrada. Eu os via na empresa várias vezes. Ele que tomava as decisões. Meu irmão não tinha capacidade para administrar, ele estava aprendendo a trabalhar comigo. Eu não conhecia os donos da *off-shore*. A procuração vinha pronta do Uruguai. Existe uma prática que hoje é bem conhecida. Muitas empresas montam empresas no Uruguai., empresas de fachada. O senhor Antônio recebeu apenas US\$ 30.000,00 de uma dívida de mais de um milhão. Existe uma ação correndo em paralelo aqui no fórum, inclusive envolvendo o Oliveira Neves, que intermediou o processo de compra e venda da Gianpetro. A *off-shore* tem um presidente, que fica no Uruguai, o qual passa a procuração, com tradução, registro no consulado. Mas não sei quem era o dono da empresa. A gerência de direito cabia ao meu irmão. A gerência de fato ainda pertencia ao senhor Antônio. Ele dizia que tinha interesse, pois ainda não tinha recebido os valores devidos pela venda da empresa. Cristiano tinha acesso à empresa, não diariamente. A gente ainda prestava serviços administrativos. Mas os documentos que ele assinava eram enviados pela Sandra, após ela dar visto, “SR”, de Sandra Regina. Ela enviava contratos de financiamento, cheques.

A testemunha de acusação Gilberto de Lima Garófalo corrobora que o arbitramento do lucro foi feito com base na declaração de imposto de renda apresentada pela empresa, descaracterizando, assim, a acusação de supressão de tributo, o que também descarta a de redução de tributo. Nada soube informar sobre a autoria.

O depoimento de César Pinto Arruda, ainda que se leve em conta a sua condição de irmão do réu, contém relato verossímil sobre a ausência de dolo por parte de C. P. A. ao descrever a rotina da empresa GIANPETRO.

Portanto, também no aspecto subjetivo, não há como atribuir a C. P. A. responsabilidade criminal pelos fatos constantes da denúncia, sendo de rigor absolvê-lo com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Porém, por ser mais benéfico ao réu, opto em absolvê-lo com fundamento anteriormente mencionado.

DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia e ABSOLVO C. P. A., RG nº XX.XXX. XXX-X/SSP/SP e CPF nº XXX.XXX.XXX-XX, da imputação dela constante, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Remetam-se os autos ao SEDI para a mudança da situação processual do réu.

Arquivem-se os autos oportunamente.

P.R.I.C.

São Paulo, 06 de setembro de 2013.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

AÇÃO ORDINÁRIA

0002027-75.2011.4.03.6102

Autor: CÉSAR AUGUSTO DE JESUS FALCÃO

Réu: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Juiz Federal: DAVID DINIZ DANTAS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2013

Vistos.

CÉSAR AUGUSTO DE JESUS FALCÃO ajuizou a presente AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO em face do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO, com pedido de antecipação de tutela, objetivando, em síntese, o reconhecimento do direito à progressão por titulação, na carreira de magistério de ensino básico, técnico e tecnológico, independentemente da observância de interstício, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 11.344/2006, cumulados com o art. 120, § 5º, da Lei nº 11.784/2008, com as alterações nos registros funcionais e pagamento da respectiva remuneração, e, a condenação ao pagamento das diferenças remuneratórias, desde a entrada em exercício, respeitando os critérios da titulação, até a efetiva implantação do novo padrão remuneratório, acrescidas de correção monetária pelo INPC e de juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, além dos honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.

Sustentou o autor que é professor do instituto requerido, tendo sido nomeado sob a égide da Medida Provisória nº 431, publicada em 14 de maio de 2008, e depois convertida na Lei nº 11.784/2008, que promoveu nova estruturação na carreira do magistério de ensino básico, técnico e tecnológico, tendo sua nomeação sido efetivada sob a égide dessa nova sistemática de organização do cargo. Todavia, alegou que, nessa nova estrutura, não está sendo concedida progressão por titulação em razão da ausência de regulamentação da Lei nº 11.784/2008. Asseverou que o novo diploma, na ausência de regulamentação, remete à disciplina vigente na Lei nº 11.344/2004, invocando, por simetria, os requisitos lá dispostos (fls. 02/32).

A antecipação de tutela foi indeferida (fls. 34).

Devidamente citado (fls. 77/78), o instituto requerido sustentou a improcedência do pedido, aduzindo que o autor já ingressou no serviço público com a situação funcional definida nos termos da Lei nº 11.784/2008; que, de acordo com a novel sistemática, a progressão se dá por titulação e desempenho acadêmico, e após cumprido o interstício legal (fls. 79/105).

Réplica (fls. 111/115).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

O feito comporta julgamento antecipado, posto que a questão versa acerca de matéria de direito e de fato, mas não se faz necessário produzir prova em audiência (art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil).

1. INTRODUÇÃO

O cerne da questão posta em debate consiste na aplicabilidade do art. 120, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.784/2008 (que prevê interstício de dezoito meses para o desenvolvimento na

carreira), contraposto com a norma de reenvio do § 5º desse dispositivo, que preconiza que até a publicação do regulamento previsto no *caput*, para fins de progressão, aplicam-se as regras estabelecidas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 11.344/2006 (autorizadoras da progressão funcional independentemente de interstício).

Vejamos, com mais detalhes, os dispositivos ora invocados.

2. PLANO NORMATIVO

Lei nº 11.784/2008:

Art. 120. O desenvolvimento na Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico dos servidores que integram os Quadros de Pessoal das Instituições Federais de Ensino, subordinadas ou vinculadas ao Ministério da Educação, *ocorrerá mediante progressão funcional, exclusivamente, por titulação e desempenho acadêmico, nos termos do regulamento.*

§ 1º. *A progressão de que trata o caput deste artigo será feita após o cumprimento, pelo professor, do interstício de 18 (dezoito) meses de efetivo exercício no nível respectivo.*

§ 2º. O interstício para a progressão funcional a que se refere o § 1º deste artigo será:

I - computado em dias, descontados os afastamentos que não forem legalmente considerados de efetivo exercício; e

II - suspenso nos casos em que o servidor se afastar sem remuneração, sendo retomado o cômputo a partir do retorno à atividade.

§ 3º. Na contagem do interstício necessário à progressão, será aproveitado o tempo computado da última progressão até a data em que tiver sido feito o enquadramento na Carreira de que trata o *caput* deste artigo.

§ 4º. Os servidores integrantes da Carreira de Magistério de 1º e 2º Graus do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, pertencentes aos Quadros de Pessoal das Instituições Federais de Ensino subordinadas ou vinculadas ao Ministério da Educação *posicionados nas atuais classes C e D, que à época de assinatura do Termo de Opção pela Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico estiverem matriculados em programas de mestrado ou doutorado poderão progredir na Carreira mediante a obtenção dos respectivos títulos para a nova Classe D III, Nível 1.*

§ 5º. *Até que seja publicado o regulamento previsto no caput deste artigo, para fins de progressão funcional e desenvolvimento na Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, aplicam-se as regras estabelecidas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 11.344, de 8 de setembro de 2006.*

Lei nº 11.344/06:

Art. 13. A progressão na Carreira do Magistério de 1º e 2º Graus ocorrerá, exclusivamente, por titulação e desempenho acadêmico, nos termos de portaria expedida pelo Ministro de Estado da Educação:

I - de um nível para outro, imediatamente superior, dentro da mesma Classe; ou

II - de uma para outra Classe.

§ 1º A progressão de que trata o inciso I será feita após o cumprimento, pelo docente, do interstício de dois anos no respectivo nível, mediante avaliação de desempenho, ou interstício de quatro anos de atividade em órgão público.

§ 2º *A progressão prevista no inciso II far-se-á, independentemente do interstício, por titulação ou mediante avaliação de desempenho acadêmico do docente que não obtiver a titulação*

necessária, mas que esteja, no mínimo, há dois anos no nível 4 da respectiva Classe ou com interstício de quatro anos de atividade em órgão público, exceto para a Classe Especial.

§ 3º A progressão dos professores pertencentes à Carreira do Magistério de 1º e 2º Graus para a Classe Especial ocorrerá mediante avaliação de desempenho daqueles que estejam posicionados há pelo menos 2 (dois) anos no nível 4 da Classe E e que possuam o mínimo de: (Redação dada pela Lei nº 11.490, de 2007)

I - oito anos de efetivo exercício de Magistério em instituição de ensino federal ou dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, quando portadores de título de Mestre ou Doutor;

II - quinze anos de efetivo exercício de Magistério em instituição de ensino federal ou dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, quando portadores de diploma de Especialização, Aperfeiçoamento ou Graduação.

Art. 14. A progressão funcional para a Classe Especial dos servidores que possuam titulação acadêmica inferior à de graduação e estejam posicionados no nível 4 da Classe E poderá ocorrer se:

I - tiverem ingressado na carreira de Magistério de 1º e 2º Graus até a data de publicação desta Medida Provisória; e

II - possuírem o mínimo de quinze anos de efetivo exercício de Magistério em instituição de ensino federal ou dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima.

3. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

A pretensão do autor merece acolhimento para se admitir a progressão funcional por titulação, independentemente da observância de interstício, com fundamento nos requisitos da Lei nº 11.344/2006.

Como visto no item 2. PLANO NORMATIVO supra desta sentença as disposições introduzidas pela Lei nº 11.784/2008 não contemplam o desenvolvimento na carreira apenas pela titulação, fixando o interstício mínimo de 18 (dezoito) meses de permanência no nível respectivo. Contudo, o legislador condicionou a eficácia da novel disciplina, inclusive quanto ao interstício, à edição do regulamento.

Ocorre que o citado dispositivo legal não havia sido regulamentado até então, não havendo falar em autoaplicabilidade do *caput* e § 1º do artigo 120 da Lei nº 11.784/2008, sob pena de tornar sem sentido algum o § 5º do referido preceito legal.

Ora, a legislação em comento condicionou expressamente a sua aplicabilidade à edição de um regulamento, criando regra de transição expressa e afastando a sua autoaplicabilidade até a edição do indigitado ato normativo infralegal.

No sistema brasileiro, as leis é que criam direitos, não os decretos. Os atos infralegais resultam do poder regulamentar, de natureza secundária, buscando seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, a qual está atrelada. A regulamentação não inova no ordenamento jurídico, de modo que a Lei nº 11.784/08, em seu art. 120, § 5º, criou direito subjetivo para a progressão dos docentes, com base nos parâmetros previstos pelo regramento anterior, até o advento da regulamentação executiva. Portanto, a inexistência de regulamentação não pode ser invocada para barrar a progressão funcional dos servidores.

Nessa linha, cumpre observar que os artigos 13 e 14 da Lei nº 11.344/06 tratam da própria matéria prevista no art. 120 da Lei nº 11.784/08, afastando a tese de que a remissão se restringiria à aplicação de requisitos específicos para a progressão, diversos dos parâmetros controvertidos (titulação e observância de interstício).

Ressalto mais uma vez que o legislador condicionou a eficácia da novel disciplina, inclusive quanto ao interstício, à edição do regulamento. Em reforço a essa conclusão, o § 5º do art. 120, da Lei nº 11.784/2008, ao remeter à aplicação das regras previstas nos arts. 13 e 14 da lei anterior, nada ressalvou quanto à observância do interstício inserido no 1º do dispositivo remissivo.

Não procede a hermenêutica, segundo a qual, a partir do § 5º do art. 120 da Lei nº 11.784/2008, busquem-se na legislação anterior apenas as normas supletivas e não colidentes, para autorizar, com base nos parâmetros antigos, a progressão dos novos servidores, respeitado o interstício. Isso porque o contingenciamento temporal para progressão está inserido no arcabouço normativo a que a própria lei negou eficácia, enquanto pendente a edição do regulamento.

A jurisprudência acerca do tema vem se sedimentando para reconhecer o direito à progressão funcional, por titulação, independentemente do cumprimento de interstício, tal qual prevê a Lei nº 11.344/2006.

Colaciono, a este respeito, os seguintes arestos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSOR. PROGRESSÃO FUNCIONAL. TITULAÇÃO SEM INTERSTÍCIO. CURSO EM NÍVEL DE APERFEIÇOAMENTO. NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL.

- A progressão de classe por mera titulação, prevista no § 2º do art. 13 da Lei 11.344/06, e mantida provisoriamente pela Lei 11.748/08, observava os critérios estabelecidos no art. 12 do mesmo diploma legal. Assim, o professor que ingressava na carreira apenas com Licenciatura Plena ou habilitação equivalente era enquadrado na Classe C, tendo direito a progressão para Classe D em obtendo título de Especialista, e para Classe E, em obtendo título de Mestre ou Doutor.

- O impetrante não possui curso de especialização, havendo apenas concluído Curso de Extensão Universitária - Aperfeiçoamento, na Universidade do Oeste Paulista, com carga horária de 180 horas. A esse respeito registre-se que, conforme Resolução CNE/CES nº 1/2007, art. 5º, os cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização, têm duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas, ao passo que a duração mínima do curso de aperfeiçoamento é de apenas 180 (cento e oitenta) horas.

- Assim, há clara distinção entre cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização e em nível de aperfeiçoamento, não prevendo a Lei 11.344/06 possibilidade de progressão funcional no último caso.

- Como o impetrante não possui título de mestrado, doutorado ou especialização, mas apenas título de aperfeiçoamento, não tem direito à progressão de classe.

(TRF - 4ª Região, 4ª Turma, AC nº 5001508-34.2012.404.7110/RS, Rel. Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 13/11/2012, publicado no DE em 16/11/2012)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR TITULAÇÃO. INTERSTÍCIO. PRESCINDIBILIDADE.

Enquanto pendente de regulamentação a reestruturação da Carreira do Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico prevista na Lei nº 11.784/08, aplica-se o regime anterior previsto na Lei nº 11.344/06, pelo qual era autorizada a progressão funcional por titulação, independentemente de interstício. Precedentes da Corte.

(TRF 4ª Região, Apelação Cível 5001956-75.2010.404.7110, 4ª Turma, Relator Juiz Federal Jorge Antônio Maurique, publicado no DE em 15/07/2011)

Em suma, cabe ao instituto requerido promover a progressão a que faz jus o autor, respondendo pelas diferenças remuneratórias.

4. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

No que tange ao requerimento de concessão de tutela antecipada os dispositivos previstos no § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 c.c o art. 1º da Lei nº 9.494/97 evidenciam que o Poder Judiciário não pode conceder a medida pleiteada contra a Fazenda Pública nos seguintes hipóteses: a) *reclassificação funcional ou equiparação de servidores públicos*; b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; c) outorga ou acréscimo de vencimentos; d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; ou e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que esta diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias referidas.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 1.015/RJ, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 30 de maio de 2001 à unanimidade de votos, cuja ementa transcrevo a seguir:

Reclamação. A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária. O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º, da Lei nº 4348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5021, de 9.6.1996, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos. Relativamente aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8437, de 30.6.1992, que o art. 1º da Lei nº 9494/1997 manda, também, aplicar à tutela antecipada, por igual, não incidem na espécie aforada no Juízo requerido. A Lei nº 8437/1992 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. No art. 1º, interdita-se deferimento de liminar, “no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante, em virtude de vedação legal”. Ocorrência de evidente remissão às normas acima aludidas, no que respeita a vencimentos e vantagens de servidores públicos, que prosseguiram, assim, em vigor. A inteligência desse dispositivo completa-se com o que se contém, na mesma linha, no art. 3º da Lei nº 8437/1992. Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º do aludido diploma exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria. Reclamação julgada improcedente.

Com esse panorama, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, consoante se pode extrair da ementa do REsp nº 716379, de relatoria do Ministro Franciulli Neto, julgado em 03.03.2005 e publicado no DJ em 22.08.2005, pág. 234:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - POSSIBILIDADE - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE SEGURANÇA - INCOMPETÊNCIA DESTE STJ PARA EXAMINAR A QUESTÃO.

Em estudo elaborado por este Relator, ficou consignado que “foi firmado o princípio da admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, exceto as exceções restritivas” (cf. Domingos Franciulli Netto in “Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública”, in Revista dos Tribunais, nº 768, outubro de 1999, p. 44). A jurisprudência, por sua vez, orienta-se no mesmo sentido. Assim, nos termos do voto da lavra do insigne Ministro

Castro Meira, “é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública desde que efetivamente demonstrados os requisitos que ensejam a sua concessão. A lei nº 9494/97 não constitui óbice aos provimentos antecipatórios contra entidades de direito público, senão nas hipóteses taxativamente previstas em lei” (REsp 513.842-MG, DJ 1/3/2004). A Lei Complementar nº 104/01 introduziu dois novos incisos ao artigo 151 do CTN, que contemplam outras hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito, entre elas a concessão de tutela antecipada. Não merece ser conhecido o recurso no que concerne à questão da constitucionalidade da Taxa de Segurança, instituída pela Lei Estadual nº 6.848, de 27.12.95. Com efeito, é comezinho que a competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria infraconstitucional. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Ora, considerando que o numerário pleiteado pelo autor tem a finalidade de salarial, *nítida se mostra a impossibilidade de concessão de tutela antecipada como requerido.*

5. DISPOSITIVO

Ante o exposto, *acolho os pedidos formulados na inicial*, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil para:

a) reconhecer o direito à progressão por titulação de CÉSAR AGUSTO DE JESUS FALCÃO, na carreira de magistério de ensino básico, técnico e tecnológico, independentemente da observância de interstício, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 11.344/2006, cumulados com o art. 120, § 5º, da Lei nº 11.784/2008, com as alterações nos registros funcionais, observando-se inclusive as normas do novel Decreto nº 7.806/2012, e pagamento da respectiva remuneração; e

b) condenar o instituo requerido ao pagamento das diferenças remuneratórias, desde a entrada em exercício, respeitando os critérios da titulação, até a efetiva implantação do novo padrão remuneratório;

Os valores das parcelas em atraso deverão ser acrescidas de correção monetária e juros remuneratórios de acordo com o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.960/2009, eis que o ajuizamento se deu após 30.06.2009.

Condeno o requerido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, moderadamente, em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Sentença sujeita a reexame necessário, a teor do artigo 475, I, do CPC, consoante redação conferida pela Lei nº 10.352/2001.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Ribeirão Preto, 25 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal DAVID DINIZ DANTAS

EXECUÇÃO FISCAL

0050940-42.2011.4.03.6182

Exequente: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Executado: SEVERINO FRANCISCO DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: HIGINO CINACCHI JUNIOR

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2013

Vistos.

Trata-se de execução fiscal movida pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA contra SEVERINO FRANCISCO DA SILVA, cobrando crédito referente a multa.

O Executado, com assistência da Defensoria Pública da União, opôs Exceção de pré-executividade, sustentando prescrição e nulidade do título, esta em face de violação ao Princípio da Razoabilidade e ao Princípio da Legalidade (fls. 12/26). Juntou documentos (fls. 27/86).

A Exequente se manifestou pela rejeição (fls. 88/90).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Defiro os benefícios da justiça gratuita.

O Processo Administrativo foi juntado por cópia integral, em 59 laudas, conforme fls. 27/86.

Há, de fato, nulidades no procedimento, que fulminam o título dele extraído.

Em 2002 ocorreu a autuação, quando se constatou que o executado tinha a posse de 15 pássaros da fauna silvestre brasileira: um papagaio, um galo da campina e outros treze passarinhos. Apreendidos, os pássaros foram soltos, com exceção do papagaio e do galo da campina, encaminhados a criadouro. A multa, em 2002, foi de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O executado justificou que não podia pagar e que não sabia da proibição. Afirmou, também, que não comercializava os pássaros (fls. 34).

O setor de fiscalização se manifestou, diante do relatório e sem qualquer outra fundamentação, pela manutenção da autuação (fls. 36). A Duta Procuradoria Federal opinou, fundamentadamente, pela aplicação de pena alternativa, com baixa para cancelamento do débito (fls. 37/38). Em outubro de 2002, o executado prestou compromisso de cumprir pena alternativa (fls. 41). Nenhuma outra ocorrência se verifica até setembro de 2004, quando se expediu nova notificação para pagamento da multa (fls. 44). Não tendo ocorrido pagamento, inscreveu-se o executado no CADIN (fls. 47), agora com o débito já no valor de R\$ 12.373,00 (fls. 48).

Aí já se constata nulidade, na medida em que se ignorou, sem qualquer fundamentação, a manifestação da Procuradoria pelo cumprimento de pena alternativa.

Porém, em 03 de novembro de 2004, o executado novamente requereu benefício de pena alternativa (fls. 49), inclusive comprovando que, no Juízo Criminal, em outubro/2004, homologou-se transação no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), com extinção da

punibilidade (fls. 54). Ignorou-se seu pedido, efetuando-se nova notificação para pagamento, em 27/setembro/2004 (fls. 56).

Nova causa de nulidade aí reside, na medida em que se ignorou, sem qualquer fundamentação, requerimento para cumprimento de pena alternativa.

De qualquer forma, o processo ficou paralisado até que, em 25/setembro/2006 (fls. 58), a Comissão Interna conheceu do requerimento e o acolheu.

Porém, em 09 de outubro de 2008 (fls. 59), o Senhor Chefe de Divisão remeteu os autos ao Gabinete da Superintendência, sugerindo parcelamento do débito. Consta dos fundamentos do encaminhamento, o seguinte:

Observamos que houve mudanças nos procedimentos de conversão com o advento do Decreto nº 6514/2008, onde a própria figura da comissão interna talvez não se justifique mais. Assim, considerando a necessidade de readequar os procedimentos, remetemos este processo para que seja definida sequência a ser dada ao mesmo.

O tempo de permanência do processo nesta Divisão tem relação com a dificuldade de estabelecimento de serviços diretos que pudessem ser realizados pelo autuado e pela quantidade de processos semelhantes que foram encaminhados pela referida Comissão. Resta-nos clara hoje a impossibilidade de prestação de serviço direto relacionado aos trabalhos desta Divisão, uma vez que esta é voltada especialmente à execução de trabalhos técnicos e de controle, cuja inserção temporária de terceiros sem qualificação específica para o tema pouco ajudaria e até mesmo poderia atrapalhar o seu desenvolvimento.

Assim, sugerimos que em casos semelhantes seja proposto ao autuado o custeio de projetos (art. 140, III, do Decreto 6514/2008) por aporte de recursos à Carteira Fauna Brasil. A Carteira Fauna Brasil foi lançada em novembro de 2006 (...).

Considerando que a situação financeira do autuado não lhe permite pagar de uma só vez o valor integral da autuação, sugerimos avaliar possibilidade de que o aporte de recursos à Carteira Fauna Brasil ocorrer em parcelas (...).

Nova paralisação do processo, até que, em 28 de abril de 2009, com algumas considerações, entre elas a de que o Conselho Gestor não aprovou Programas ou Projetos e que se fazia necessário precaver-se contra a prescrição, a Senhora Superintendente determinou a atualização do débito e a continuidade da cobrança (fls. 60).

E sobreveio a notificação de indeferimento (fls. 61), em 11/maio/2009, sendo repetido o ato (fls. 67), em 18/novembro/2011, embora já em 27/setembro/2011 tenha sido inscrito o crédito e extraída a CDA (fls. 03), sendo, então, o valor da execução R\$ 26.913,07.

A lei 9.605/98 prevê prazo:

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação.

Como se observa, as paralisações processuais injustificadas, a ausência de fundamentação em deliberações no curso do trâmite, bem como o expresso reconhecimento de que a pena alternativa não poderia ser cumprida por deficiência do próprio Órgão, nulificam o processo administrativo, por si só, tornando nulo o título que dele se originou.

Todavia, ainda que assim não fosse, o caso extrapola em muito a razoabilidade, como sustentado.

Cumpre anotar que a Lei 9.605/98, tem dispositivos aplicáveis ao caso, como segue:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º.

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

XI - restritiva de direitos.

§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

O executado que, segundo consta sem demonstração em contrário, era aposentado e percebia salário mínimo, sofreu multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em 2002, o que já se mostrava exorbitante, quando era possível, com fundamento na lei, sofrer apenas advertência.

Colaborou com toda a investigação, respondendo às notificações e pedindo abrandamento (substituição) da penalidade.

Não se trata de comerciante criminoso de espécimes da fauna brasileira, mas de cidadão simplório, de avançada idade, que “criava” alguns pássaros.

Os pássaros foram restituídos à natureza, com exceção de dois, de forma que o prejuízo ao meio ambiente praticamente inexistiu.

Atualmente, onze anos depois, é devedor ao IBAMA de mais de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Seu grau de instrução é ínfimo, bastando verificar a letra de sua assinatura (quando ainda podia fazê-lo – *vide* fls. 49).

Pernambucano, hoje com 75 anos (nasceu em 1937 - fls. 54), é de uma época em que apreender pássaros (ou até caçá-los) era típico da cultura interiorana, como até hoje é em algumas localidades, mesmo neste Estado de São Paulo, o mais desenvolvido da Federação. Na região nordeste, então, a prática sempre foi disseminada, havendo livros, filmes, novelas e

músicas que a ela se referem naturalmente, como sabido. Daí a evidência da falta de dolo na conduta, a impor, no caso, branda penalidade, ao invés da elevada multa.

O descompasso entre o fato e a penalidade, no caso, violou o Princípio da Razoabilidade, constitucionalmente previsto, nulificando o título executivo.

A União-Defensoria tem razão. A União-Ibama, não.

Pelo exposto, reconheço a nulidade do título executivo e JULGO EXTINTO o feito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em custas, diante da isenção legal (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96), e em honorários, visto que nos dois pólos se encontra a própria União, no passivo representando o executado.

Após o trânsito em julgado, archive-se, com baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 12 de abril de 2013.

Juiz Federal HIGINO CINACCHI JUNIOR

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
002693-21.2012.4.03.6109

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ESTADO DE SÃO PAULO, CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP

Juíza: DANIELA PAULOVICH DE LIMA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/09/2013

Trata-se de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do ESTADO DE SÃO PAULO, da CETESB – COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, e do IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS objetivando, em síntese, a obtenção de tutela jurisdicional para que seja declarada a nulidade de todas as autorizações e licenças de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações sitas na área abrangida pela Subseção Judiciária de Piracicaba, expedidas pela CETESB e pelo Estado de São Paulo, abstendo-se ainda os réus de concederem novas autorizações de queima, sem a prévia elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, determinando-se ainda o cadastramento e fiscalização de todas as propriedades rurais ocupadas com cultura canavieira, bem como para que seja determinando ao IBAMA a obrigação de exercer sua competência fiscalizatória de forma direta e efetiva no tocante aos danos provados à fauna silvestre pela prática da queima controlada, adotando as providências necessárias a fim de evitar a destruição em massa de espécimes.

Aduz, após breve relato histórico sobre o ciclo da cana-de-açúcar no Brasil, que a prática da queimada controlada da palha de cana é atividade eminentemente degradadora, eis que consistente em utilização do fogo para limpeza do solo, preparo do plantio e colheita da cana-de-açúcar nas áreas que cultivam, acaba por lançar na atmosfera grandes quantidades de vários poluentes prejudiciais à saúde durante os meses com menores índices de umidade na região, potencializando seus efeitos deletérios para a saúde humana e para o meio ambiente, bem como que os produtos resultantes da queima controlada, tais como o ozônio, os hidrocarbonetos policíclicos aromáticos – HPA's, compostos de nitrogênio, ácido sulfúrico, monóxido de carbono e dióxido de carbono, representam sério risco para a saúde da população, podendo acarretar, respectivamente, danos ao aparelho respiratório, induzimento ao aparecimento do câncer, doenças inflamatórias no trato respiratório, decréscimo da função pulmonar, e efeito estufa em proporções regionais e nacionais.

Sustenta que os problemas de saúde decorrentes da poluição atmosférica produzida pela prática em questão agravam a situação do SUS – Sistema Único de Saúde, elevando desnecessariamente os gastos com internações decorrentes de problemas respiratórios, e comprometendo diretamente a saúde dos trabalhadores rurais envolvidos com a colheita da cana.

Assevera que as queimadas se traduzem em evidentes danos aos recursos hídricos, em especial ao rio Piracicaba, de domínio da União por banhar mais de um Estado da federação, assim como danos às matas ciliares e ao ciclo de vida da ictio-fauna da região, atingindo, inclusive, diversos espécimes silvestres e ameaçados de extinção, tanto com a desintegração de seu espaço natural, quanto com a produção de graves ferimentos e mortes pela ação do fogo, pontuando que a temperatura das áreas submetidas à prática chega a ser superior os 800°C.

Menciona que a CETESB e o Estado de São Paulo negligenciam os impactos produzidos pelas queimadas na fauna local, desconhecendo ainda as espécies ameaçadas de extinção e que habitam a região.

Afirma ser da competência do IBAMA a fiscalização e regulamentação das hipóteses de e condições em que a destruição de espécimes da fauna silvestre será permitida, por força, em especial, dos artigos 1º, 8º, 10, “a” e “g”, e 25, da Lei nº 5.197/67, bem como dos artigos 53, *caput*, e 54 da Lei nº 9.985/00 e do artigo 7º, XVI, XX e XXI, da Lei Complementar nº 140/11, assim como em função dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, tal qual o Decreto Legislativo nº 54/1975, que internalizou a Convenção Internacional de Espécies de Flora e Fauna em Perigo de Extinção, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, o que se constituiria em mais um elemento atrativo da competência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito.

Observa ainda que, em virtude dos vastos efeitos degradantes das queimadas controladas, a prática deveria ser precedida de rigoroso e minucioso procedimento de licenciamento ambiental, o que na prática não ocorre, conforme conclusões extraídas do inquérito civil público nº 1.34.008.100039/2010-01, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 225 da Constituição da República.

Destaca que as normas estaduais que autorizam a queimada controlada, como a Lei nº 10.547/00 e a Lei nº 11.241/02, além de outros decretos e resoluções, não atendem aos ditames constitucionais, na medida em que dispensam prévio estudo de impacto ambiental, autorizações tácitas e tampouco se preocupam em evitar a destruição, por meio cruel, dos espécimes da fauna silvestre, alguns dos quais ameaçados de extinção.

Pugna pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela e pelo reconhecimento da legitimidade do Ministério Público Federal e da competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, ainda que se entenda ter sido atribuída ao Estado de São Paulo a competência do licenciamento pela Lei Complementar nº 140/11, eis que a omissão e descaso nas providências mínimas exigidas pela Constituição para o licenciamento da prática em questão vem provocando inúmeras lesões de natureza federal.

Com a inicial vieram documentos (fls. 105/116).

Foi determinada a notificação dos réus, nos termos do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92 (fl. 53).

Regularmente citado e notificado, o IBAMA se manifestou no sentido de que o Estado de São Paulo, na qualidade de integrante do SISNAMA, possui plena competência para a tutela dos interesses ambientais envolvidos, sob pena de violação do pacto federativo, bem como ser prescindível a realização de prévio EIA/RIMA, traduzindo-se o acolhimento do pedido em dano de difícil reparação social e econômico, uma vez que grande quantidade de famílias depende das atividades que restarão prejudicadas (fls. 123/192).

Sobreveio petição contendo manifestação da Organização de Plantadores de Cana da Região Centro Sul do Brasil – ORPLANA, do Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESP, do Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo – SIAESP, e da União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo – ÚNICA, com pedido preliminar de ingresso na lide, na condição de Assistentes Litisconsorciais do Estado de São Paulo, aduzindo, no mérito, que não há como aferir o impacto ambiental do fogo aplicado em um talhão de cultura de cana a ser colhida, na medida em que há lei tratando da prática e de sua eliminação gradativa, sob pena de danos econômicos, sociais e jurídicos dos dependentes da prática. Apresentou documentos (fls. 195/606).

Regularmente intimado, o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de que a Organização de Plantadores de Cana da Região Centro Sul do Brasil – ORPLANA poderia ser admitida na condição de assistente litisconsorcial, e os demais postulantes na condição de assistentes simples (fls. 609/611).

O Estado de São Paulo manifestou-se aduzindo que há legislação federal e estadual autorizando a prática em questão, que é competência estadual a autorização para a queima controlada da cana, sendo desnecessária a prévia elaboração de EIA/RIMA, estando ausente os requisitos para concessão da antecipação dos efeitos da tutela (fls. 613/649).

A CETESB manifestou-se inicialmente para afirmar que inexistente verossimilhança e prova inequívoca para a concessão da tutela, a regularidade da sistemática adotada no Estado de São Paulo, a potencialidade lesiva de eventual concessão da antecipação da tutela pleiteada (fls. 838/879). Após, sobreveio nova manifestação pontuando preliminarmente a carência de ação pela inadequação da via eleita. No mérito aduziu que a atuação da CETESB é regular e conforme o arcabouço normativo, que é competência do órgão estadual a expedição de autorização para a prática da queimada controlada, que é prescindível a prévia realização de EIA/RIMA, assim como a constitucionalidade das leis e da sistemática reguladoras da prática (fls. 882/921).

As instituições assistentes ORPLANA, SIFAESP, SIAESP, e ÚNICA apresentaram contestação conjunta para defender a inadequação da via eleita, a utilização da ação civil pública como sucedâneo de instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a impossibilidade técnica de fiscalização pelo IBAMA, a inutilidade do instrumento EIA/RIMA, e citou precedentes (fls. 923/986). Apresentaram documentos (fls. 987/1039).

O IBAMA apresentou contestação para arguir carência de ação, ilegitimidade passiva *ad causam* da autarquia federal ambiental, defendendo a impossibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, a supressão de competência de ente federativo, a violação do princípio federativo, a discricionariedade técnica dos atos da administração ambiental, a prescindibilidade de EIA/RIMA para atividades de queima de cana-de-açúcar, a falta de obrigação legal para promoção de campanhas educativas, a falta de preenchimento dos requisitos para concessão de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 1040/1055).

Foi proferida decisão que afastou as preliminares de carência de ação por inadequação da via eleita, de incompetência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito, e de ilegitimidade passiva *ad causam* do IBAMA, e deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender todas as licenças e autorizações expedidas pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO, que tenham como objeto a autorização para queima controlada de cana-de-açúcar na área da circunscrição da 9ª Subseção da Justiça Federal de 1º Grau em São Paulo, bem como determinou aos réus que se abstenham de deferir novas licenças sem prévia realização de EIA/RIMA, tendo sido determinado ao IBAMA a adoção das providências cabíveis para efetiva fiscalização dos danos provocados à fauna e à realização de campanhas de educação ambiental (fls. 1057/1084).

Sobreveio Ofício expedido pela Polícia Militar do Estado de São Paulo informando a realização de campanha educativa nas sedes das Usinas da circunscrição jurisdicional (fls. 1113/1131).

O Estado de São Paulo apresentou contestação para afirmar que o risco de morte e acidentes dos cortadores de cana com a proibição da queima aumentou, a possibilidade de lesão grave à economia pública, a existência de autorização legal para o procedimento em âmbito federal e estadual, a competência estadual para autorização da queima controlada, a desnecessidade de EIA/RIMA, assim como os danos advindos por sua exigência. Citou precedentes

(fls. 1153/1189). Apresentou documentos (fls. 1190/1219).

Foi juntada aos autos decisão proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente em sede de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela, indeferindo o pleito de suspensão em face dos direitos fundamentais envolvidos, que se sobrepõem aos de índole material (fls. 1333/1340).

Houve réplica (fls. 1341/1344).

Sobreveio decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto pela CETESB (autos nº 0025063-85.2012.403.0000/SP) indeferindo o efeito suspensivo pleiteado (fls. 1391/1407).

O Ministério Público Federal requereu a juntada de documentos relacionados aos fatos narrados na exordial (fls. 1408/1413).

Sobreveio nova decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto pela OR-PLANA e OUTROS (autos nº 0022590-29.2012.403.0000/SP), pelo IBAMA (autos nº 0023984-71.2012.403.0000/SP), e pelo Estado de São Paulo (autos nº 0022573-90.2012.403.0000/SP) indeferindo o efeito suspensivo pleiteado (fls. 1415/1436, 1438/1455, e 1463/1469).

Foi juntada aos autos denúncia acerca de descumprimento da decisão liminar proferida (fls. 1459).

Regularmente intimado, o MPF requereu a procedência do feito (fls. 1462).

Instadas as partes a se manifestarem, não houve especificação de provas a produzir (fls. 1084, 1470).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É a síntese do necessário.

Fundamento e decido.

As questões preliminares já foram decididas na decisão de fls. 1057/1084. Passo à apreciação do mérito.

Sobre a pretensão trazida aos autos, há que se considerar, inicialmente, que o artigo 225 da Constituição de 1988, estabeleceu a indissolubilidade do vínculo Estado - Sociedade Civil na defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrando, erigindo, em termos de proteção ambiental, um sistema de responsabilidade solidária e ética, que abrange a proteção desse direito em favor das futuras gerações. Impõe a Constituição a necessidade de adoção de políticas ambientais que englobem um conteúdo negativo, expresso pelo dever jurídico-constitucional de abstenção do Estado e da coletividade em adotar comportamentos nocivos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, limitando direitos subjetivos, neles incluído o direito de propriedade.

Quanto à ordem econômica, frequentemente contraposta, de forma equivocada, aos postulados da proteção e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição de 1988 determina ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por objetivo assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*). Não por outro motivo a Constituição condiciona o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII, e art. 170, III), além de submeter a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, à observância de princípios como o da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (CF/88, art. 170, VI).

Assim, segundo Paulo Affonso Leme Machado, “A defesa do meio ambiente é uma dessas questões que obrigatoriamente devem constar da agenda econômica pública e privada. A

defesa do meio ambiente não é uma questão de gosto, de ideologia e de moda, mas um fator que a Carta Maior manda levar em conta.”¹

Ainda nesse sentido, Eros Roberto Grau assevera que “O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*.”²

Nessa perspectiva, o “... direito econômico, como tradução do que há de expresso ou latente numa sociedade, não desenrola uma rota sem conflitos, pois, ao espelhar as diferenças e divergências sociais, ao mesmo tempo em que incorpora seu papel político de objetivar o bem-comum da sociedade, transita pelas mais distintas esferas de relacionamento social. Assim, justifica-se, e mais, torna-se imprescindível esta dupla dimensão do direito econômico: garantidor da iniciativa econômica privada e implementador do bem-estar social”³.

O direito ambiental, por sua vez, é um “... Direito sistematizador, que faz articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência em relação aos elementos que integram o ambiente”⁴, tendo por estudo, assim, as relações do homem com a natureza, relacionando-se com todos os sistemas jurídicos existentes com orientação ambientalista, fundado em vários princípios, entre os quais destacam-se: *princípio do desenvolvimento sustentável; do aproveitamento racional dos recursos; da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos; da solidariedade entre gerações*⁵.

Na busca pela compatibilidade entre esses dois ramos do Direito, pode-se dizer que tanto o direito econômico quanto o ambiental visam assegurar a continuidade do desenvolvimento econômico sem que a qualidade de vida, condição para a existência digna, seja afetada em seu conteúdo essencial. Trata-se de uma conceituação possível para a expressão “desenvolvimento sustentável”, a qual restou assentada em sede internacional no relatório Brundtland de 1987, que serviu como base à Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento, no Rio de Janeiro em 1992, destacando-se por sua relevância histórica, sinalizando novas posturas de compatibilização de atividade econômica e preservação ambiental⁶.

Sob o prisma dialético, “... direito econômico e ambiental não só se interceptam, como comportam, essencialmente, as mesmas preocupações, quais sejam: buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo. O que se distingue é uma diferença de perspectiva adotada pela abordagem dos diferentes textos normativos”⁷. O direito econômico visa a dar cumprimento aos preceitos da ordem econômica constitucional. Ou seja, *a estrutura normativa construída soa a designação de direito econômico objetiva* “... assegurar a todos uma existência digna, perseguindo a realização da justiça social”⁸ (CR/88, artigo 170, *caput*). E o *direito ambiental* “... tem como tronco o direito ao meio ambiente ecologicamente

1 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 178.

2 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 265/266.

3 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 46.

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 62.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO, José Rubens (org.). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. 3. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 22/23.

6 STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. *O desenvolvimento econômico baseado na preservação ambiental como paradigma das instituições financeiras*. Revista de Direito ADVOCEF, ano II, nº 4, maio 07 p. 289-305, pág. 292.

7 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 57-58.

8 Ob. cit., pág. 58.

equilibrado, passível de fruição por toda coletividade (bem de uso comum do povo)”⁹ (CR/88, artigo 225, *caput*).

Ainda que com fundamentos diversos, direito econômico e direito ambiental almejam, então, nas precisas colocações de Derani, atender àquele conjunto de atividades e estados humanos substantivados na expressão “qualidade de vida”, a qual “... tem o condão de traduzir todo o necessário aparato interno e externo ao homem, dando-lhe condições de desenvolver suas potencialidades como indivíduo e como parte fundamental de uma sociedade”¹⁰. Trata-se de uma opção por aspectos qualitativos que favoreçam o pleno desenvolvimento humano, em detrimento de aspectos quantitativos, expressos comumente na acumulação de bens materiais. “O alargamento do sentido da expressão ‘qualidade de vida’, além de acrescentar esta necessária perspectiva de bem-estar relativo à saúde física e psíquica, referindo-se inclusive ao direito de o homem fruir de um ar puro e de uma bela paisagem, vinca o fato de que o meio ambiente não diz respeito à natureza isolada, estática, porém integrada à vida do homem social nos aspectos relacionados à produção, ao trabalho como também no concernente ao seu lazer”¹¹, de forma que “... *qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental*”¹².

Assim, da supremacia da Constituição, a qual se assenta no vértice do sistema jurídico do país, orientando todas as situações jurídicas, decorre que todas as normas de grau inferior apenas terão validade se com a mesma forem compatíveis, atendendo aos seus comandos e orientações, não sendo razoável, neste sentido, deixar que práticas econômicas que hostilizam o meio ambiente permaneçam inalteradas e infensas às determinações constitucionais aplicáveis.

Trata-se de salvaguardar e conceber a proteção ao meio ambiente sob os influxos dos princípios da *prevenção*, que atua em face do perigo conhecido, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade, e da *precaução*, segundo o qual a ausência de certeza científica sobre a existência do perigo não é argumento suficiente para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental, prevalecendo-se a defesa do meio ambiente em caso de dúvida, nos termos do artigo 225, § 1º, I, II, IV e V, §§ 5º e 6º, da Constituição de 1988.

Sobre o tema, registre-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir praticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública. - A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das arvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. (...) A circunstancia de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os

9 Ob. cit., pág. 58.

10 Ob. cit., pág. 58.

11 Ob. cit., pág. 58.

12 Ob. cit., pág. 59, destaquei.

princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. - *A norma inscrita no ART. 225, PAR. 4, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal.* O preceito consubstanciado no ART. 225, PAR. 4, da Carta da Republica, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. - A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da Republica estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4, da Constituição. - *Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).* (STF, RE 134297)

Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. (...) Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (...) Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e esgotado o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. (STF, ADPF 101)

Por séculos prevaleceu entre nós a concepção cultural distorcida que enxergava nos manguezais lato sensu (= manguezais stricto sensu e marismas) o modelo consumado do feio, do fétido e do insalubre, uma modalidade de patinho-feio dos ecossistemas ou antítese do Jardim do Éden. 3. Ecossistema-transição entre o ambiente marinho, fluvial e terrestre, os manguezais foram menosprezados, popular e juridicamente, e por isso mesmo considerados terra improdutiva e de ninguém, associados à procriação de mosquitos transmissores de doenças graves, como a malária e a febre amarela. Um ambiente desprezível, tanto que ocupado pela população mais humilde, na forma de palafitas, e sinônimo de pobreza, sujeira e párias

sociais (como zonas de prostituição e outras atividades ilícitas). 4. Dar cabo dos manguezais, sobretudo os urbanos em época de epidemias, era favor prestado pelos particulares e dever do Estado, percepção incorporada tanto no sentimento do povo como em leis sanitárias promulgadas nos vários níveis de governo. 5. Benfeitor-modernizador, o adversário do manguezal era incentivado pela Administração e contava com a leniência do Judiciário, pois ninguém haveria de obstaculizar a ação de quem era socialmente abraçado como exemplo do empreendedor a serviço da urbanização civilizadora e do saneamento purificador do corpo e do espírito. 6. Destruir manguezal impunha-se como recuperação e cura de uma anomalia da Natureza, convertendo a aberração natural – pela humanização, saneamento e expurgo de suas características ecológicas – no Jardim do Éden de que nunca fizera parte. 7. *No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional.* Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. 8. A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de ecossistema criticamente ameaçado. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de Área de Preservação Permanente. 9. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. *Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrá-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energicamente coibido e apenado pela Administração e pelo Judiciário.* 10. Na forma do art. 225, caput, da Constituição de 1988, o manguezal é bem de uso comum do povo, marcado pela imprescritibilidade e inalienabilidade. Logo, o resultado de aterramento, drenagem e degradação ilegais de manguezal não se equipara ao instituto do acrescido a terreno de marinha, previsto no art. 20, inciso VII, do texto constitucional. 11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado. 12. *As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza propter rem, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.* 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. *Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.* 15. *Descabe ao STJ rever o entendimento do Tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro), quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ.* 16. *Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.* (STJ, RESP 200302217860, 2009)

Os estudos acadêmicos ilustram que a queima da palha da cana-de-açúcar causa grandes danos ambientais e que, considerando o desenvolvimento sustentado, há instrumentos e tecnologias modernos que podem substituir tal prática sem inviabilizar a atividade econômica.

2. A exceção do parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 4.771/65 deve ser interpretada com base nos postulados jurídicos e nos modernos instrumentos de lingüística, inclusive com observância – na valoração dos signos (semiótica) – da semântica, da sintaxe e da pragmática.

3. A exceção apresentada (peculiaridades locais ou regionais) tem como objetivo a compatibilização de dois valores protegidos na Constituição Federal/88: o meio ambiente e a cultura (modos de fazer). Assim, a sua interpretação não pode abranger atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ante a impossibilidade de prevalência do interesse econômico sobre a proteção ambiental quando há formas menos lesivas de exploração.

(STJ, ADRESP 200802154943, 2009)

A decisão vergastada fez-se ao pálio dos pressupostos ensejadores da liminar, eis que caracterizado o grave risco ao meio ambiente, consubstanciado na deterioração definitiva das águas do lençol termal. É de ser mantida a liminar uma vez atendidos seus pressupostos legais. II - *Questões relativas a interesse econômico cedem passo quando colidem com deterioração do meio ambiente, se irreversível.*

(STJ, AGP 199800052640)

As restrições ambientais apenas condicionam o uso da propriedade, não impedem o aproveitamento dos recursos naturais das áreas sob domínio privado e, assim, não vedam o aproveitamento econômico do imóvel. IV - *O fato dos proprietários estarem, por impositivo legal, obrigados a conservar vegetação de preservação permanente e terem seu pedido de corte de árvores isoladas indeferido não gera o direito ao ressarcimento pleiteado. Seja por manterem a posse e domínio do imóvel, seja por não estar demonstrada a inviabilização econômica deste.*

(TRF 3R, AC 00101897019994036105, 2005)

Por outro lado, penso que a hipótese dos autos traduz situação de *periculum in mora inverso*, uma vez que o deferimento do pedido de suspensão poderia trazer sérias consequências para a saúde pública, para a vida dos cidadãos, e para o meio ambiente. Diversas pesquisas têm apontado a queima da cana-de-açúcar como fonte emissora de diversos poluentes atmosféricos, entre os quais o material particulado, podendo, juntamente com outros fatores poluentes do ar, contribuir para o agravamento dos problemas de saúde da população, para o aumento do número de internações e, em elevadas concentrações, até para o acréscimo da mortalidade, segundo os dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no documento “WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur dioxide - Global update 2005”. Recordo que a poluição atmosférica, além de complicações respiratórias, também gera problemas cardiovasculares. A queima também traz riscos para os trabalhadores envolvidos no corte da cana, os quais exercem uma atividade física que exige alta frequência respiratória e que é extremamente desgastante, podendo a inalação da fuligem gerar aumento da respiração, da temperatura corporal, e dos batimentos cardíacos, elevando o risco de morte súbita destes empregados. Além disso, a queima da cana também emite hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPA), substâncias de alto poder cancerígeno – também encontradas no cigarro - e que foram constatadas na urina de trabalhadores não fumantes em concentrações nove vezes maior, durante o período de safra, segundo pesquisa de Rosa Maria do Vale Bosso, (UNESP/Araraquara), citada no Relatório Final da CPI da “Queima da Palha da Cana”. (...) o procedimento de aplicação do fogo também traz o risco de acidentes, podendo o trabalhador vir a sofrer queimaduras graves, intoxicação pela fumaça ou até consequência fatal, havendo relatos de trabalhadores que morreram carbonizados durante a realização do processo de queima. O meio ambiente também sofre os graves efeitos decorrentes da queima, entre os quais: chuvas ácidas, capazes de se formar a centenas de quilômetros do local da queima, e que causam a contaminação de águas e a modificação

da biodiversidade de florestas; liberação de substâncias tóxicas e gases do efeito estufa, (...) queima accidental de Áreas de Preservação Permanente - não raro situadas nas proximidades dos canaviais – e de matas ciliares, causando processos de erosão e de alteração dos volumes dos rios, além da morte de animais, alguns deles ameaçados de extinção. *Diante destas circunstâncias, conclui-se que a suspensão da tutela antecipada implicaria a ofensa a direitos fundamentais, entre os quais o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, os quais se sobrepõem a direitos de caráter patrimonial ou a bens de natureza material. Evidentemente, não há como calcular se a saúde dos moradores e trabalhadores vale ou não o benefício econômico que poderia ser atingido, pois neste caso estaríamos colocando interesses econômicos à frente de valores que envolvem a pessoa humana.* Segundo a regra de Dürig, citada pelo E. Ministro Gilmar Mendes, “valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geth vor Sachgutwert)” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378, grifos meus). Sobre a questão, consignou o Ministério Público Federal em seu parecer: “Se o argumento de ofensa à ordem econômica pudesse se sobrepor a estes importantes valores, o mundo ainda estaria estagnado nas péssimas condições da Revolução Industrial Inglesa do século XVIII, em que idosos, mulheres e crianças eram submetidos a rotinas de 18 horas de trabalho, em situações penosas e sob altas temperaturas - como talvez as que ora enfrentam os cortadores de cana - e as cidades eram totalmente cobertas pela fuligem originária das fábricas - como ainda se observa nas regiões canavieiras.”

(TRF 3R, SUSPENSÃO DE LIMINAR 0022776-52.2012.403.0000/SP, 2012)

Neste contexto, relevante para o caso dos autos o disposto no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição, o qual atribui taxativamente ao Poder Público a incumbência de exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade, com objetivo de avaliar a dimensão das possíveis alterações que determinado empreendimento poderá causar ao meio ambiente, o que o torna um dos principais instrumentos para se efetivar os princípios da precaução e da prevenção, a serviço da política de defesa da qualidade ambiental.

Note-se que o elenco das atividades sujeitas obrigatoriamente ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nos termos do artigo 2º da Resolução CONAMA 01/1986, é meramente exemplificativo, e de outra forma não poderia ser, sob pena de reduzir o alcance da norma constitucional acima citada. Nesse sentido, a precisa lição de Paulo Affonso Leme Machado¹³:

A Resolução 1/86-CONAMA merece apoio ao apontar diversas atividades para cujo licenciamento se fará necessária a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. E o elogio estende-se pelo fato de essas atividades serem mencionadas exemplificativamente, pois o art. 2º, *caput*, da resolução mencionada fala em “atividades modificadoras do meio ambiente, tais como ...”. A expressão “tais como” merece ser logicamente entendida no sentido de que não só as atividades constantes da lista deverão obrigatoriamente ser analisadas pelo Estudo de Impacto Ambiental, mas outras poderão ser acrescentadas à lista.

E conforme menciona Luiz Guilherme Marinoni¹⁴, o conceito de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente “... supõe a existência de

13 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 275. destaquei.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito Ambiental e as Ações Inibitórias e de Remoção do Ilícito*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=498>. Acesso em: 05/08/2013.

uma zona de certeza positiva – na qual certamente se dá o conceito – e de uma zona de certeza negativa – na qual certamente não se dá o conceito. Nessas duas zonas de certeza não se pode pensar em existência de discricionariedade, pois caso se dê o conceito ‘obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente’, a administração terá o dever de exigir o estudo de impacto ambiental, enquanto que na outra hipótese esse dever inexistirá. Será apenas naquela zona intermédia entre as duas zonas de certeza, o chamado halo do conceito ou zona de penumbra, que existirá discricionariedade.”

Desta feita, havendo exercício de atividade econômica suscetível de causar significativo impacto ambiental e conseqüente degradação, assim entendida a alteração adversa das características do meio ambiente (artigo 3º, II, da Lei nº 6.938/81), a apresentação do EIA/RIMA é obrigatória, não tendo o Poder Público, autorização constitucional para dispensá-lo. Deste teor, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CARTA DA REPÚBLICA A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque. (STF, Seção I, ADIN nº 1.086-7/SC, Rel Min. Ilmar Galvão, DJ: 01.10.2001)

Infere-se das informações prestadas na inicial e do amplo conjunto probatório carreado aos autos que a prática reiterada da queima da palha de cana-de-açúcar na circunscrição afeta e esta Subseção tem provocado impactos ambientais graves e de proporções extremamente elevadas e de caráter transfronteiriço consistentes em danos ao Rio Piracicaba (bem da União, por força do artigo 20, III, da Constituição de 1988) e a sua bacia hidrográfica, com reflexos contundentes sobre a qualidade dos recursos hídricos indispensável a um número elevado de pessoas e indeterminando de espécimes da fauna e da flora; sobrecarga e o desequilíbrio causado ao SUS, em razão do aumento de doenças associadas à poluição atmosférica e decréscimo da qualidade do ar; violação das normas protetivas da qualidade do ambiente de trabalho dos cortadores de cana, cuja fiscalização é atribuída a órgãos federais; de danos à fauna e à flora, eis que o uso do fogo chega a provocar nas áreas submetidas à prática das queimadas temperaturas superiores de até 800°C, expondo de maneira direta e incontrolável espécimes da fauna silvestre ou não, ameaçados de extinção ou não, que habitam os canaviais e áreas adjacentes à morte cruel por carbonização ou asfixia, bem como a graves ferimentos por queimaduras e atropelamentos decorrentes de fuga das áreas atingidas para as vias rodoviárias próximas, o que, inevitavelmente prejudica e coloca em risco a visibilidade e o tráfego de pessoas e veículos na região.

As informações prestadas e veiculadas pelo IBAMA, pelo Estado de São Paulo e pela CETESB em suas respectivas manifestações nos autos, por sua vez, corroboram as informações colhidas pelo Ministério Público Federal durante o trâmite do inquérito civil público nº 1.34.008.100039/2010-01, eis que alocam a definição do que seria significativa degradação ambiental numa perspectiva exclusivamente discricionária, dispensando a autorização para realização da prática em questão da elaboração de qualquer prévio estudo de impacto ambiental, permitindo-se deduzir que todos os efeitos ambientais deletérios narrados na exordial e assentados no competente inquérito civil verificam-se à margem do conhecimento e das ações

fiscalizatórias constitucional e legalmente atribuídas aos réus.

Com efeito, os réus ofereceram respostas que não evidenciaram discursiva ou tecnicamente as razões pelas quais a denominada queima controlada de cana-de-açúcar deveria prosseguir sendo executada sem observância dos procedimentos, requisitos e critérios constitucional e ordinariamente aplicáveis às atividades industriais.

Observe-se que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nos termos do artigo 5º da Resolução CONAMA 01/1986, tem como objetivo, dentre outros, contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto (inciso I). E, conforme está disposto em seu artigo 6º, o Estudo de Impacto Ambiental contemplará a:

(...)

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

Todos os pontos acima destacados, desde a perquirição da existência de alternativas tecnológicas à queima da palha da cana-de-açúcar, a hipótese de não realização da queima, o grau e a extensão do impacto ambiental causado por essa atividade altamente poluidora, a definição de medidas mitigadoras, o monitoramento dos impactos da atividade etc., não estão sendo observados de forma minimamente satisfatória pelo órgão ambiental licenciador.

Por outro lado, os graves prejuízos à fauna, flora e à saúde da população de Piracicaba e região, por conta das queimadas irrefletidamente autorizadas pelo Poder Público Estadual, são patentes, conforme bem demonstrado pelo Ministério Público Federal em sua petição inicial, e corroborado pelo rol de denúncias recebidas no curso do feito, fato que demonstra a urgente necessidade de exigência do Estudo Prévio de Impacto Ambiental durante o processo de licenciamento da queima da palha de cana-de-açúcar. No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado assim discorre:

Há muitos anos, as populações das regiões canavieiras de todo o Brasil vêm sendo afetadas pelos efeitos maléficos das queimadas da palha de cana-de-açúcar. Somente com o advento da ação civil pública é que o Poder Judiciário começou a responder com a prestação jurisdicional necessária. É de ser salientado que os organismos ambientais públicos têm ficado inertes diante dessa agressão poluidora, o que, contudo, não inibe o Poder Judiciário, desde que devidamente provocado, a cumprir o seu papel de assegurar o direito constitucional à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF)¹⁵.

Destaque-se que a ineficiência das ações de controle e fiscalização no trato do tema afirmada pelo Ministério Público Federal parece se refletir também na posição veiculada pela Organização representativa dos plantadores e pelos Sindicatos das indústrias do setor, que

15 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 627.

busca minimizar os efeitos das queimadas, deslocando a prática de seu indissociável contexto ecológico, abarcando-a sob o signo de “fenômeno universal”, nos seguintes termos:

Isso porque o processo de queima da palha de cana-de-açúcar e seus efeitos são os mesmos em qualquer rincão desse vasto e imenso planeta. Quer no Brasil (no nordeste, ou sudoeste ou oeste), quer na Austrália, quer na Tailândia, na Índia ou nos inúmeros países do mundo, onde ainda é utilizada a queima da palha, o processo e efeitos são os mesmos.

O fenômeno é universal. Não há nada que distinga um fogo do outro, um canavial de outro, seja no Brasil ou em qualquer outro local. O tratamento é o mesmo, há séculos, logicamente com os recursos da tecnologia atual de controle que permite a segurança do trabalhador em campo, auxiliando o corte manual.

Há uma técnica na colocação do fogo, no seu controle, e na sua extinção. Este é posto uma única vez no ano naquele talhão com duração de alguns minutos. Nada mais. (...)

Pergunta-se pois: em quê o EIA/RIMA pode ajudar?

Se o impacto é sempre igual?

Em nada! Absolutamente, NADA!

A contestação oferecida pelo Estado de São Paulo, por sua vez, afirma ser mais adequada ao meio ambiente natural e do trabalho a liberação da queima controlada à possibilidade de eventual incêndio acidental, invertendo-se a prioridade e foco do que se deveria esperar em termos de atuação estatal, demonstrando-se tendência à prorrogação indiscriminada e total ausência de discussão na seara da Administração Pública dos riscos e efeitos deletérios resultantes da prática combatida em questão (fls. 1158/1159):

(...) As palhas secas da cana de açúcar são altamente inflamáveis, sendo possível dar início do fogo com *um simples toco de cigarro mal apagado pelos trabalhadores displicentes* e, em pleno dia de alta temperatura, o fogo se espalha como um rastilho de pólvora, gerando o fogo incontrolado, de dimensões colossais e trágicas. É muito difícil coibir os milhares de fumantes inveterados existentes dentre os cortadores de cana da região de Marília.

Já a *colheita da cana após a queima controlada não apresenta esse perigo acidental ou perigo de fato de terceiro*. Logo, prefere-se a queimada controlada do canavial, nos termos previstos nas leis, nos regulamentos e nas normas técnicas, ao fogo acidental incontrolado.

(...)

Percebe-se que a proteção da vida dos cortadores de cana e ao próprio meio ambiente sem risco de acidente de fogo controlado *é mais urgente que o incômodo do carvãozinho e eventual fumaça da queimada*. (grifos nossos)

Realmente a queimada da cana é um recurso utilizado há séculos, no Brasil e em países pobres, pois os denominados países ricos não a utilizam como ela é utilizada aqui há muito tempo. Aliás, a cultura da queimada na lavoura e em especial na lavoura de cana vem desde a época do período colonial e evidencia não só o desrespeito com o meio ambiente, como também o desejo de baixar os custos da produção. Demonstra também o descaso com o meio ambiente e o fato de persistir até hoje é motivo de vergonha e não de resignação.

Sobre este assunto, há importantes trechos no livro *Raízes do Brasil*, de Sergio Buarque de Holanda, 26ª edição, Editora Cia das Letras, os quais transcrevo abaixo:

Mostra-se neste trabalho como o recurso às queimadas deve parecer aos colonos estabelecidos em mata virgem de uma tão patente necessidade que não lhes ocorre, sequer, a lembrança de outros métodos de desbravamento. Parece-lhes que a produtividade do solo desbravado

e destocado sem auxílio do fogo não é tão grande que compense o trabalho gasto em seu arroteio, tanto mais quanto são quase sempre mínimas as perspectivas de mercado próximo para a madeira cortada. (pág. 67)

... Aos índios tomaram ainda instrumentos de caça e pesca, embarcações de casca ou tronco escavado, que singravam os rios e as águas do litoral, o modo de cultivar a terra ateando primeiramente aos matos. (pág. 47)

O contraste entre as condições normais da lavoura brasileira, ainda na segunda metade do século passado, e as que pela mesma época prevaleciam nos Estados Unidos é bem mais apreciável do que as semelhanças, tão complacentemente assinaladas e exageradas por alguns historiadores. Os fazendeiros oriundos dos estados confederados que por volta de 1866 emigraram para o Brasil, e a cuja influência tem se atribuído, com ou sem razão, o desenvolvimento do emprego de arados, cultivadores, rodos e grades rurais nas propriedades paulistas, estiveram bem longe de partilhar da mesma opinião. Certos depoimentos da época refletem, ao contrário, o pasmo causado entre muitos deles pelos processos alarmantemente primitivos que encontraram em uso. Os escravos brasileiros, diz um desses depoimentos, plantam algodão exatamente como os índios norte americanos plantam o milho.

O princípio que, desde os tempos mais remotos da colonização, norteava a criação de riqueza no país não cessou de valer um só momento para a produção agrária. Todos queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios. Ou, como dizia o mais antigo dos nossos historiadores, queriam servir-se da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, “só para desfrutarem e a deixarem destruída”. (pág. 52)

Uma vez efetuado o desbravamento inicial, nada impediria o emprego do arado, que os colonos deviam conhecer de seus países de origem. Tal não se deu, entretanto, salvo em casos excepcionais. E o único desses casos excepcionais que se pode registrar Wilhelmy é dos menonitas canadenses e russos de ascendência alemã, que entre 1927 e 1930 se estabeleceram nas campinas do chaco paraguaio. Estes não só vieram com firme deliberação de praticar a lavoura de arado sobre grandes extensões, como ainda, por motivos de fundo religioso, se mostraram adversos aos sistema de queimadas. A ponto de se terem recusado a admitir a possibilidade, quando esta surgiu mais tarde, de uma transferência para áreas florestais brasileiras no estado de Santa Catarina. (pág. 68)

Ainda que o legislador brasileiro tenha excepcionado a vedação do uso do fogo no processo produtivo agrícola na forma do inciso I, do artigo 38 da Lei nº 12.651/12, que reproduziu em parte a norma anteriormente inscrita na revogada Lei nº 4.771/65, para compatibilizar o meio ambiente e a cultura ou modo de fazer, *não há autorização constitucional que permita conduzir ao entendimento de que sob o signo de “fenômeno universal” ou “manifestação cultural” estão abrangidas pela exceção normativa as queimadas implementadas pelas atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas empresarialmente, assim como a realização da referida prática por pequenos produtores, sem a observância dos princípios da prevenção e da precaução na forma do instrumento constitucional do prévio estudo de impacto ambiental.*

Em outros termos, não é possível a perpetuação de prática (queimada) que causa significativo dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sem a observância do mandamento constitucional imperativo e inescapável que exige, em tal caso, a realização de Estudo de Impacto Ambiental antecedente ao eventual licenciamento dessa atividade poluidora.

Ora, as normas estaduais que autorizam a queimada controlada, como a Lei nº 10.547/2000 e a Lei nº 11.241/2002, além de outros decretos e resoluções, ao tempo em que

reconhecem implicitamente a necessidade da eliminação completa da prática da queima da palha da cana-de-açúcar, estabelecem um cronograma a se estender até o ano de 2031 (!), quando somente então a prática seria por completo proibida, olvidando-se completamente da necessidade de realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para o deferimento de licença para essa atividade.

Até lá, a Lei Estadual nº 11.241/2002 autoriza, como se possível autorizar fosse sem clara ofensa à Constituição Federal, a perpetuação dos danos ambientais causados por essa atividade, sem qualquer estudo ou avaliação prévios, além de, fato mais grave, submetendo as populações diretamente afetadas a suportar, com o preço de sua saúde, o lucro dos que exploram essa atividade de forma incompatível com o direito constitucionalmente assegurado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Assim, sob esta perspectiva, a Lei Estadual nº 11.241/2002, bem como o Decreto Estadual regulamentador nº 47.700/2003, desbordaram dos limites e condições da competência legislativa em matéria ambiental outorgada pela Constituição da República, pois permitem o prosseguimento da atividade em questão sob níveis de controle e proteção inferiores aos estatuídos na Carta da República e na Legislação Federal de regência, sem observância do procedimento específico para seu deferimento administrativo, conferindo longa sobrevida a essa prática mediante cronograma de metas de redução das queimadas.

Destarte, a exposição ou prolongada sujeição de ecossistemas frágeis e sensíveis, além de espécimes ameaçadas de extinção à riscos e ameaças irreparáveis ofende o patamar protetivo constitucionalmente garantido. Neste sentido, o recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça tratando do novo Código Florestal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). REQUERIMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO APONTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. ATO JURÍDICO PERFEITO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 6º, CAPUT, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AMBIENTAL. *Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel*, pois antes até “da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal *visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel*, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos “processos ecológicos essenciais” e da “diversidade biológica”. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ. (...)

O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, *tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas*

frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).

(STJ, 2ª Turma, RESP 1240122, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ: 19.12.2012)

Frise-se, nestes termos, que o direito fundamental ao meio ambiente não admite *retrocesso ecológico*, que inserido como norma e garantia fundamental de todos, tem aplicabilidade imediata, consoante o artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição, devendo ser considerado cláusula pétrea devido a sua relevância para o sistema constitucional brasileiro, como direito social fundamental da coletividade, não se devendo admitir recuos para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados.

Ademais, a pretensão de se identificar práticas como as queimadas, sob o signo de “fenômeno universal”, “manifestação cultural” ou fenômeno afeto às “peculiaridades locais ou regionais”, assim como a constante invocação de riscos socioeconômicos de eventual restrição, não permite concluir pela possibilidade de permanência dos diversos pequenos produtores agropastoris na “noite do atavismo cultural”, dispensando-os do alcance e submissão dos deveres jurídicos coletivos proclamados em matéria ambiental, e assim da igualdade no sentido de oportunidade de ação em torno dos bens e valores consagrados na Carta da República, eis que a existência desses brasileiros depende, como de resto de todas as pessoas, da preservação maior que nos intima o ambiente e a ecologia planetária, sendo de ordem supracomunitária os bens ambientais e ecológicos, e como tais não comportam exceções.

Ressalte-se, nos termos carreados aos autos, que os gastos advindos dos danos causados pela prática das queimadas se elevam para além daqueles supostamente advindos pelo prolongamento do processo de colheita da cana-de-açúcar, não parecendo razoável preferir-se direitos fundamentais difusos em detrimento de interesses econômicos calcados em lucro.

Ainda quanto à linha de argumentação que emerge de determinadas manifestações contrapostas ao pedido inicial, quanto à faceta cultural ou tradicional das queimadas, de se lembrar a pertinente observação de Patryck de Araújo Ayala, o qual lembra que, perante a ordem constitucional brasileira, “... a proteção da fauna a partir da proibição de comportamentos cruéis coloca uma obrigação que se dirige, de forma simétrica que e com igual eficácia, aos agentes públicos e a toda sociedade, não distinguindo espécies particulares ou modalidades classificatórias da fauna específicas”, alcançando-se todos os animais componham ou não a fauna silvestre, e prescindindo a censura constitucional da associação entre crueldade e sofrimento, no que se reconhece que a vedação constitucional funda-se também em “... situação de risco não comprovada cientificamente, e que poderá ser objeto de reprovação a partir da reunião de outra importante qualidade valorativa de informação, a saber, a cultural”¹⁶.

Essa observação se deu em face de paradigmático julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, do qual se extrai a seguinte manifestação do Ministro Francisco Rezek, por ocasião do julgamento do RE nº 153.531-8/SC (Relator Min. Marco Aurélio, DJ: 13.03.1998), que envolvia avaliar se determinada manifestação (*farra-do-boi*) poderia ser situada sob o alcance de proteção do patrimônio cultural brasileiro:

As duas tentações que podem rondar o julgador e que devem ser repelidas para um correto exame da controvérsia são, primeiro, a consideração metajurídica das prioridades: por que, num país de dramas sociais tão pungentes, há pessoas preocupando-se com a integridade

16 AYALA, Patrick de Araújo. *O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO, José Rubens (org.). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. 3. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 427/428.

física ou com a sensibilidade dos animais?

(...) com a negligência no que se refere à sensibilidade dos animais, anda-se meio caminho até a indiferença e quanto se faça a seres humanos. Essas duas formas de desídia são irmãs e quase sempre se reúnem, escalonadamente. Não nos é dado o direito de tentar ridicularizar o pedido, de amesquinhá-lo com esse gênero de argumento.

(...) *Não posso ver como juridicamente correta a idéia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avultos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso.*

Ao final, ainda quanto à necessidade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para a realização de queimadas, registrem-se, por oportuno, os seguintes precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS.

1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.

2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador.

3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu no art. 27, parágrafo único da Lei nº 4.771/65 que o Poder Público poderia autorizá-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais.

4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo.

5. A interpretação do art. 27, parágrafo único do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no Resp 1094873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, *a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento*, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente, Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (EREsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010).

Recurso especial provido.

(STJ, 2ª Turma, Resp nº 1.285.463 – SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ: 28.02.2012)

AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. PRÁTICA QUE CAUSA DANOS AO MEIO AMBIENTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS COMPETENTES.

1. Discute-se nos autos se a queimada de palha de cana-de-açúcar é medida que, em tese, pode causar danos ao meio ambiente e se se trata de prática possível a luz do ordenamento jurídico vigente.

2. Em decisão monocrática, foi dado provimento ao recurso especial do Ministério Público, interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, tendo sido (i) fixado que a queimada de palhas de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente e, por isso, só pode ser realizada com a chancela do Poder Público e (ii) determinada a remessa dos autos à origem para que lá seja apreciada a causa com base nos elementos fixados na jurisprudência do STJ, vale dizer, levando-se em consideração a existência ou não de autorização do Poder Público, na forma do art. 27, p. ún., do Código Florestal.

3. No regimental, sustenta a agravante (i) a impossibilidade de julgamento da lide pelo art. 557 do Código de Processo Civil - CPC, (ii) a inexistência de prequestionamento dos dispositivos legais apontados no especial e a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, (iii) a incidência da Súmula nº 7 desta Corte Superior, (iv) o não-cabimento de recurso especial, uma vez que a origem validou lei local em face da Constituição da República vigente (cabimento de recurso extraordinário), (v) a existência de lei local autorizando a prática da queimada.

4. Não assiste razão à parte agravante, sob qualquer perspectiva.

5. Em primeiro lugar, no âmbito da Segunda Turma desta Corte Superior, pacificou-se o entendimento segundo o qual a queimada de palha de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente, motivo pelo qual sua realização fica na pendência de autorização dos órgãos ambientais competentes, sendo perfeitamente possível, portanto, o julgamento da lide com base no art. 557 do CPC. A título de exemplo, v. REsp 439.456/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU 26.3.2007. Não fosse isso bastante, a apreciação do agravo regimental pela Turma convalida eventual vício.

6. Em segundo lugar, a instância ordinária enfrentou a questão da queima de palha de cana-de-açúcar e suas consequências ambientais, motivo pelo qual não cabe falar em ausência de prequestionamento do art. 27 do Código Florestal - que trata justamente dessa temática no âmbito da legislação infraconstitucional federal. O enfrentamento da tese basta para o cumprimento do requisito constitucional.

7. Em terceiro lugar, não encontra óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça o provimento que assevera, em tese, quais são o entendimento da Corte Superior a respeito do tema e qual a norma aplicável à espécie, remetendo os autos à origem para que lá sejam reanalisados os fatos e as provas dos autos em cotejo com a jurisprudência do STJ. Inclusive, quando do julgamento monocrático, ficou asseverado que “não há menção, no acórdão recorrido, acerca da (in)existência de autorização ambiental própria no caso em comento, sendo vedado a esta Corte Superior a análise do conjunto fático-probatório (incidência da Súmula nº 7)”. Por isso, foi determinada a remessa dos autos à origem para que lá venha a ser apreciada a causa levando-se em consideração a existência ou não de autorização do Poder Público, na forma do art. 27, p. ún., do Código Florestal.

8. Em quarto lugar, a origem, em momento algum, enfrentou a controvérsia dos autos confrontando a validade de lei local com a Constituição da República. Ao contrário, discutindo dispositivos de leis estaduais, chegou à conclusão de que a queima de palha de cana-de-açúcar era viável e não causava danos ao meio ambiente. Não há que se falar, portanto, em cabimento de recurso extraordinário, no lugar de recurso especial.

9. Em quinto e último lugar, a existência de lei estadual que prevê, genericamente, o uso do fogo como método despalhador desde que atendidos certos requisitos não é suficiente para afastar a exigência prevista em legislação federal, que é a existência específica de autorização dos órgãos competentes. Não custa lembrar que a licença ambiental está inserida na esfera

de competência do Executivo, e não do Legislativo (sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes).

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1038813/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 10/09/2009)

De todo o aqui exposto, deve ser dado provimento ao pedido principal formulado pelo Ministério Público Federal, fincado na necessidade constitucionalmente estabelecida que a queima da palha da cana-de-açúcar somente pode ser administrativamente autorizada quando precedida de Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Assim, todas as autorizações ou licenças dessa atividade, concedidas em desconformidade com a Constituição Federal, são nulas, sobressaindo-se o dever das autoridades estaduais competentes, para o futuro, obedecerem ao comando constitucional em análise.

Em relação ao pedido formulado na inicial em face do IBAMA, no sentido de que seja compelido a exercer, de forma direta e efetiva, fiscalização quanto aos danos provocados pelas queimadas à fauna silvestre, também deve ser dado provimento, seja pelas razões anteriormente já expostas, atinentes à competência do IBAMA para o exercício dessa atividade fiscalizatória, seja por força da ineficácia das ações dos órgãos fiscalizatórios estaduais no exercício desse mister.

Nesse sentido, repita-se que, à luz do regramento constitucional e infralegal, não se admite interpretação no sentido de que o ente federado estadual possua competência exclusiva para regular e fiscalizar atividade oriunda de seu território e que degrade o ambiente além desse âmbito territorial. A poluição e os malefícios provocados pelas queimadas, como exaustivamente demonstrado pelas provas carreadas aos autos na inicial, se espriam para muito além de seu território, por meio de correntes de ar, das chuvas e dos rios, desconhecendo as fronteiras traçadas pelos homens, além de causar impacto que têm sobre as espécies ameaçadas e migratórias, cuja proteção cabe à União.

Aplica-se também, como razão de decidir, o princípio da proibição da insuficiência. Conforme Sarlet e Fensterseifer, "... tem sido generalizadamente aceita a noção de que ao Estado, também (e, de modo especial, em virtude da relevância da questão ambiental) no que tange aos seus deveres de proteção ambiental, incumbe medidas positivas no sentido de assegurar a tutela do ambiente, de tal sorte que a ação estatal acaba por se situar, no âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a proibição de excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, por outro."¹⁷

Quanto às queimadas, e aos danos por ela causadas à fauna, constata-se claramente nos autos a existência de um "defeito de proteção", em face do qual "... o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais"¹⁸.

Assim, diante do princípio da proibição da insuficiência, e do constatado defeito de proteção à fauna silvestre, também merece abrigo o pedido do Ministério Público Federal, de forma a se determinar ao IBAMA que exerça sua função fiscalizatória em face dos danos a esse im-

17 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 188.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 273.

portantíssimo bem jurídico, eventualmente causados pela queima da palha da cana-de-açúcar.

Por fim, cumpre salientar que, neste momento processual, reconheço estarem presentes não apenas o requisito da urgência, necessário para a confirmação da concessão da antecipação da tutela, como também para a procedência do pedido deduzido. Restou demonstrado nos autos que a continuação da queima controlada da palha da cana é causa eficiente de danos irreparáveis a toda a população da região abrangida pela subseção de Piracicaba, que está há anos continuamente sob a ação dos resíduos dessa fonte de poluição, que está sendo exercida e autorizada de maneira ofensiva ao paradigma de proteção estabelecido na Constituição da República de 1988, sem prévio estudo ou análise de impacto ambiental. Além disso, a continuidade das queimadas onera o SUS – Sistema Único de Saúde, que fica sobrecarregado com o atendimento da população doente em decorrência dos resíduos da queima da palha da cana, bem como é causa de dano irreparável à fauna e flora, como demonstrado a toda evidência, v.g., no sofrimento animal constante na peça inicial e documentos que a acompanharam.

Posto isso, *confirmo* a antecipação dos efeitos da tutela deferida, *declaro incidentalmente* a inconstitucionalidade da Lei nº 11.241, de 19.09.2002 do Estado de São Paulo e *julgo procedente o pedido*, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar a *nulidade* de todas as autorizações e licenças de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações sitas na área abrangida pela Subseção Judiciária de Piracicaba, expedidas pela CETESB e pelo *Estado de São Paulo*, bem como para *determinar* que a CETESB e o *Estado de São Paulo* se abstenham de conceder novas autorizações de queima, sem a prévia elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, nos termos do artigo 225 da Constituição da República de 1988, da Lei nº 6.938/81 e dos atos normativos correlatos, em especial as Resoluções CONAMA nº 237/97 e nº 001/86, de forma abrangente e contextualizada com todos os reflexos ecológicos da atividade em questão, observando-se quanto à proteção da fauna, o disposto na Instrução Normativa nº 146/2007 do IBAMA, especialmente no que tange aos procedimentos de levantamento, monitoramento, salvamento, resgate e destinação dos espécimes, e que *promovam* o cadastramento e fiscalização de todas as propriedades rurais ocupadas com cultura canavieira. *Determino* ainda que o IBAMA adote as providências cabíveis e necessárias a fim de exercer de forma direta e efetiva a *fiscalização* no tocante aos *danos provocados à fauna* pela prática da queima na área da circunscrição desta Subseção da Justiça Federal, observando-se especialmente o disposto na Lei nº 5.197/67 e na Instrução Normativa nº 146/2007, evitando-se a destruição em massa de espécimes, sem prejuízo da competência administrativa comum estatuída no § 3º, do artigo 17, da Lei Complementar nº 140/11.

Determino ainda com fulcro na Lei nº 9.795/99, e a fim de conferir efetividade à decisão judicial aqui proferida, que o IBAMA e o ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da *Polícia Ambiental*, mantenham e comprovem nos presentes autos a realização de *ampla campanha de educação ambiental* não formal para divulgação e conscientização dos proprietários rurais da região – inclusive usinas –, das novas normas afetas às condições para licenciamento da queima de palha de cana-de-açúcar na área compreendida na circunscrição desta Subseção da Justiça Federal.

Ficam confirmados os efeitos da antecipação dos efeitos da tutela deferida.

Em caso de descumprimento desta decisão em qualquer de suas circunstâncias, fixo multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A razão da acolhida de multa diária tão elevada reside não somente nos graves danos ambientais provocados pela atividade da queima da palha da cana-de-açúcar, mormente quando não precedida sua autorização de pré-

vio estudo de impacto ambiental, como em razão do descumprimento reiterado dessa decisão, como noticiado à fl. 1459, tratando-se, aliás, de fato notório nesta Subseção. Por tais motivos, faz-se necessário o estabelecimento de cominação assaz severa para o descumprimento da presente ordem, de forma a reafirmar a seriedade da questão e a necessária observância das ordens judiciais, preservando a integridade do Poder Judiciário.

Oficie-se ao *Corpo de Bombeiros*, à *Polícia Federal*, bem como à *Polícia Ambiental* estadual da área de abrangência desta Subseção, comunicando-os do teor desta decisão, bem como requisitando a imediata comunicação deste Juízo em caso de notícia de realização de queimada vedada.

Decisão sujeita ao reexame necessário, devendo, oportunamente, ser remetida ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comunique-se ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Relator dos Agravos de Instrumento nº 0022573-90.2012.4.03.0000, 0022590-29.2012.4.03.0000, 0022776-52.2012.4.03.0000, 0023984-71.2012.4.03.0000, 0025063-85.2012.4.03.0000.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Piracicaba - SP, 07 de agosto de 2013.

Juíza Federal DANIELA PAULOVIK DE LIMA

AÇÃO ORDINÁRIA

0004065-08.2012.4.03.6108

Autor: JOSÉ SEITI TOSHIOKA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

Vistos etc

Trata-se de ação ordinária, fls. 02/09, ajuizada por José Seiti Toshioka, qualificação a fls. 02 e 11, em face da União, por meio da qual aduz que, em 22 de outubro de 2002, ingressou com pedido de aposentadoria junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cujo pedido somente foi deferido em 15 de abril de 2008, quando, então, o requerente obteve o direito de receber o benefício pleiteado, à época correspondente a R\$ 1.456,36.

Assim, houve o pagamento das parcelas retroativamente, com incidência de juros, tendo o requerente recebido o montante de R\$ 140.537,02, dos quais 96.119,76 referem-se ao principal e R\$ 44.417,26 aos juros de mora.

Quando do recebimento, a Receita Federal reteve na fonte a importância de R\$ 33.559,62, correspondente à alíquota de 27,5%.

Deste modo, sustenta a ilegalidade da incidência do imposto sobre o valor pago a título de juros de mora, bem como que, se os valores tivessem sido pagos à época própria, a incidência do Imposto de Renda seria com alíquota menor.

Juntou documentos, fls. 12/14.

Citada, fls. 22, a União apresentou contestação, fls. 23/36, alegando, em síntese, que, nos anos de 2006, 2007 e 2008, o autor logrou renda superior à alíquota máxima prevista, se somados os rendimentos declarados com a decomposição do acumulado para os meses das épocas próprias, pois o autor se aposentou e continuou a trabalhar.

Ademais, sustenta a legalidade da incidência do imposto sobre a integralidade do valor recebido, devendo ser observado o regime de caixa, com fundamento no art. 12 da Lei nº 7.713/88. Os juros de mora se consubstanciam em aquisição de renda, independentemente da natureza do valor principal e não podem ser associados à reposição de uma renda patrimonial. A autora apresentou réplica a fls. 48/54.

O Ministério Público Federal opinou pelo normal trâmite processual (fls. 58).

Não houve requerimento de produção de provas, fls. 80.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

Efetivamente, incumbindo a quem alega o ônus da demonstração a respeito de sua tese, como na espécie, inciso I do art. 333 do CPC, tanto quanto ao Judiciário entregue a tarefa de prestar a jurisdicional tutela, motivadamente e à luz dos autos, arts. 131 e 130, CPC, de fato sem razão a parte demandante, aos limites do quanto ao feito conduzido.

Como decorre de toda a tramitação desta via cognitiva, não supera a parte postulante as suas alegações, isso mesmo, em sua ação, por desejar “restituição” de Imposto de Renda que

teria sido cobrado a maior ao regime de caixa ou de competência, de recolhimento ou não, ao débito em questão.

Ou seja, fundamental ao âmagio agitado demonstre a parte autora como foi sua realidade vencimental global/total a cada mês de ano/base em prisma, de onde retira a afirmação de excesso pagador, exatamente para que se apure demasia ou não, não logra a tanto demonstrar a parte pretendente, o que capital em sua empreitada e seu inalienável ônus, em jogo.

Em outras palavras, para que o Judiciário estabeleça tenha ou não recolhido a maior a parte autora o tributo em pauta, mínima e elementarmente incumbe à parte contribuinte apontar quanto ganhou em suas rendas totais naquele período em questão, incluída mensalmente a parcela que lhe foi tempos depois paga em única monta, aritmética esta vital exatamente a que então se apure, dentro dessa mesma linha cognitiva, em que faixa de incidência de IR tenha recaído o pólo contribuinte.

Ilustração fundamental assim se põe ao tema: vênias todas, de nada adianta o inconsistente brado privado por este ou aquele suposto indébito, ao não se aclarar de certeza sobre o genuíno ganho que teria experimentado o trabalhador com o acréscimo, da parcela ao depois paga em única monta, ao quanto este na época antes recebera, afinal esta apuração ensejaria a traduzir, dentro da progressividade do imposto em foco, em qual faixa de incidência de alíquota recairia o seu caso em concreto a cada mês implicado, assim então se permitindo identificar-se quanto deveria ter recolhido, em cotejo com o quanto ao final retido em única vez de todos os atrasados, como verificado.

Assim, supostos alíquota zero, de 15% e de 25%, não é porque o RRA (Rendimento Recebido Acumuladamente) tenha alcançado a maior incidência e que os valores mensais, lá atrás, não tenham superado a faixa de isenção ou a menor alíquota, que tal já configure indébito, por si, pois caberá ao titular da riqueza revelar a pulverização/decomposição do “atrasado” o prosseguiria a mantê-lo em faixa de incidência menor do que aquela pela qual tributado “de uma vez”, na retenção aqui digladiada.

É dizer, a decomposição do acumulado, para os meses das épocas próprias, não se realizou (nem por mínimo, capital, repise-se) à altura da cognição deflagrada.

Como se observa, esta a inerente questão ao tributo em causa, direto e pessoal, cuja condição de renda/vencimento inerente a cada trabalhador, a cada ganho em seu todo percebido em presente ou futuro (aqui os tais atrasados), a cada mês de cada ano-base invocado como palco de indesejado indébito.

Dessa forma, muito além da mera alegação a respeito, deveria a parte autora, com clareza, ao feito o conduzir/demonstrar, sem o quê qualquer veredicto favorável, ainda que em parte, a traduzir autorização insólita, “cheque em branco” a quem nem mesmo revelado “credor do tributo”, ora pois, nos termos dos autos (“quod non est in actis non est in mundo”, art. 131, CPC).

Em resumo, presta-se a presente demanda a palco revelador da objetiva ausência de provas ao quanto alegado em preambular, logo com sua própria tese a sepultar de insucesso a seu pleito a parte requerente.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, com fulcro no artigo 269, I, CPC, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, estes no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com monetária atualização até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC, condicionada a execução desta

rubrica para quando o quadro de fortuna da parte vencida vier de mudar a melhor, nos termos e no tempo fixados pela Lei 1.060/50, fl. 16.

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0004423-85.2012.4.03.6103

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/05/2013

Vistos em liminar.

Trata-se de ação civil pública, devidamente precedida de inquérito civil público, movida pelo Ministério Público Federal em face da União visando a condenação da ré nas seguintes obrigações de fazer:

a-) identificar, cadastrar, demarcar todos os terrenos de marinha e seus acrescidos nos municípios de Caraguatatuba, Ilhabela e São Sebastião, homologando a linha preamar-média de 1831;

b-) registrar a linha demarcatória e os referidos terrenos de marinha nos cartórios de registro de imóveis competentes;

Pleiteia também o Ministério Público Federal a fixação de prazo de 90 (noventa) dias para início dos trabalhos e de 3 (três) anos para o seu término, sob pena de fixação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser revertida em favor do fundo para defesa dos interesses coletivos e difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

A pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal busca fundamentação na obrigação legal da Secretaria de Patrimônio da União – SPU para fixar a posição da linha preamar média de 1831, prevista no art. 9º do Decreto-lei nº 9.760/46, assim como sua competência para identificar, demarcar, cadastrar, registrar e fiscalizar os bens imóveis da União, em especial os terrenos de marinha.

Ressalta ainda que a própria Secretaria de Patrimônio da União – SPU expediu a Instrução Normativa nº 2, de 12 de março de 2.001, e a Orientação Normativa *Geade*-nº 002, de 12 de março de 2.001, disciplinando o procedimento de demarcação dos terrenos de marinha.

Apesar de todo aparato legal em vigor fixando a obrigação de fazer da ré, através da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, informa o autor que, de acordo com as informações da própria SPU, apenas 5 (cinco) quilômetros da linha preamar média nos três municípios estão demarcados e homologados de um total de 261 (duzentos e sessenta e um) quilômetros. No estado de São Paulo, estão alocados apenas dois funcionários, sem dedicação exclusiva, no cumprimento da obrigação legal.

Em pedido de antecipação de tutela, pretende que a União seja obrigada a dar início à demarcação e homologação, de forma definitiva, da linha preamar-média de 1831 nos municípios de São Sebastião, Caraguatatuba e Ilhabela, fixando-se prazo de 90 (noventa) dias para apresentação de cronograma de trabalho e da demarcação, com a indicação do número de servidores necessários para a tarefa e de eventual necessidade de procedimento licitatório para contratação de empresa para realização do trabalho e término no prazo de 03 (três) anos, com fixação de multa em caso de descumprimento.

Os autos foram distribuídos originariamente perante a 1ª Vara Federal de São José dos Campos.

Foi determinada a notificação da União Federal para se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos termos do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92 (fl. 24).

A União apresentou manifestação prévia (fls. 29/70) alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir do Ministério Público Federal e a impossibilidade jurídica do pedido. Asseverou não ter ocorrido resistência à pretensão no âmbito administrativo e que há impossibilidade de se cumprir o requerido de uma vez só em razão da limitação de recursos e pessoal. A seu ver, a presente ação civil pública configura indevida ingerência no âmbito da discricionariedade administrativa da Superintendência do Patrimônio da União, não cabendo ao Poder Judiciário substituir o Poder Executivo em suas atividades típicas, afetas ao critério de oportunidade e conveniência.

No mérito, fez considerações históricas sobre os terrenos de marinha e acrescidos, alegou que a titularidade e o domínio independe de demarcação. Arguiu a inexistência de obrigatoriedade do registro público de tais imóveis e acrescidos, visto se tratar de uma faculdade da Administração Pública. Fez, ainda, considerações sobre a dificuldade de proceder tais registros em razão das limitações materiais. Finalizou reiterando que não há omissão no cumprimento de suas atribuições, que estão sendo realizadas nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.636/98 e de acordo com a disponibilidade material e financeira.

Em sua contestação (fls. 49), a União repisa as preliminares já expostas em sua manifestação prévia, assim como sua impugnação ao mérito da pretensão.

Os autos foram encaminhados à conclusão ao d. Juízo da 1ª Vara Federal de São José dos Campos, que proferiu decisão determinando a remessa dos autos a esta Vara Federal de Caraguatatuba.

Recebidos os autos em redistribuição, vieram à conclusão.

É a síntese do necessário. Passo a apreciar o pedido de antecipação da tutela.

As preliminares suscitadas pela União em sua manifestação prévia e contestação confundem-se com o mérito, ainda que em cognição compatível com a apreciação do pedido de antecipação de tutela.

A propriedade da União sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos tem como fundamento de validade a própria Constituição Federal, em sua redação original, no seu artigo 20, VII, assim redigido:

Art. 20. São bens da União:

(...)

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

A delimitação do conceito de terreno de marinha coube ao legislador ordinário. O Decreto-Lei nº 9.760/46, devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, deu a definição legal de terrenos de marinha e seus acrescidos, em seu art. 2º e 3º, respectivamente:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

O domínio da União sobre os terrenos de marinha e acrescidos é decorrência do próprio texto constitucional e não requer registro no cartório de registro de imóveis, conforme jurisprudência consolidada. No entanto, o exercício pleno do direito de propriedade pressupõe a delimitação ou demarcação da coisa objeto da relação de direito real. Em relação aos bens imóveis, o exercício pleno do direito de propriedade requer a sua demarcação, inclusive para que tenha seus limites respeitados por terceiros.

Em relação aos terrenos de marinha e seus acrescidos, a identificação passa pela demarcação da linha do preamar médio de 1831, ponto de partida para a medição horizontalmente dos trinta e três metros, conforme definição legal.

O próprio Decreto-Lei nº 9.760/46 prevê a obrigação do União, através do então Serviço do Patrimônio da União, atual Secretaria de Patrimônio da União – SPU, de delimitar a posição das linhas do preamar média de 1831 e, por consequência, os próprios terrenos de marinha. Os seus artigos 9º e 10 não deixam margem à dúvida:

Art. 9º É da competência do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias.

Art. 10. A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime.

A competência da atual Secretaria do Patrimônio da União – SPU para demarcar não só os terrenos de marinha e seus acrescidos, mas todos os bens imóveis da União, foi ratificada pela Lei nº 9.636/98, em seu art. 1º e 2º, nos seguintes termos:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada. *(redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)*

Art. 2º Concluído, na forma da legislação vigente, o processo de identificação e demarcação das terras de domínio da União, a SPU lavrará, em livro próprio, com força de escritura pública, o termo competente, incorporando a área ao patrimônio da União.

Parágrafo único. O termo a que se refere este artigo, mediante certidão de inteiro teor, acompanhado de plantas e outros documentos técnicos que permitam a correta caracterização do imóvel, será registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente.

O pedido formulado pelo Ministério Público Federal pode ser entendido, de forma simplória: determinar que a União simplesmente cumpra a lei em relação aos terrenos de marinha e seus acrescidos, demarcando-os.

Em sua manifestação e contestação, a União afirma que a pretensão não sofre resistência, mas sua atuação está condicionada à existência de recursos orçamentários e humanos. Sustenta também que a pretensão implica invasão da discricionariedade ou mérito do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência reservada ao administrador e não sujeita ao controle judicial.

No entanto, é preciso, ainda que de forma bem sintética, ressaltar as peculiaridades da postura da União em relação à obrigação legal de demarcar os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Conforme relatório da Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo (fls. 326 do ICP), dos 261 km de costa dos municípios de Caraguatatuba, São Sebastião e Ilhabela, apenas 5 kms da linha do preamar médio (LPM) foram demarcados e homologados. No mesmo relatório, é informado que apenas dois funcionários, sem dedicação exclusiva para a tarefa, estão alocados para a demarcação da LPM nos referidos municípios.

No relatório de fls. 22 do ICP, a mesma autoridade informa que o corpo técnico envolvido na demarcação apresenta subsídios à Advocacia Geral da União em cerca de 9000 processos de usucapião por ano.

No exercício da jurisdição federal no litoral norte, não posso fechar os olhos à precária estrutura fundiária da região. A ocupação de imóvel ser lastreada em título de propriedade devidamente registrado no cartório de registro de imóveis é fato raro na região, onde reina a posse como forma de ocupação.

A tentativa de regularização da ocupação dos terrenos próximos às praias dar-se através de ações de usucapião. São inúmeras ações que excedem em muito o tempo razoável de duração do processo em tramitação na Justiça Federal, pois a União detém o domínio do terreno de marinha confrontante, mas que não está devidamente demarcado e registrado. O nó górdio a ser desatado em tais processo é justamente a demarcação exata do terreno de marinha ou mais especificamente a real localização da linha do preamar médio de 1831.

Muitas vezes, em terrenos na mesma praia, a linha do preamar médio de 1831 difere de imóvel para imóvel, a depender do resultado da ação judicial, o que gera tratamento desigual entre particulares na mesma circunstância fática.

Conforme informes da própria SPU, os recursos humanos e matérias são tão escassos que não se pode falar em ação, pois estamos diante de uma autêntica omissão da União no cumprimento de uma obrigação legal. Na prática, a Administração não está disponibilizando recursos para o cumprimento de sua obrigação, o que tem gerado danos para todos os envolvidos, inclusive a União.

No caso presente, a Administração tem a obrigação de fazer, consistente em demarcar os terrenos de marinha e acrescidos. Seu espaço de discricionariedade é escolher como fazer, sendo-lhe vedado o não fazer, ou simplesmente, se omitir ou fingir que faz.

Assim, no caso presente, caberá à União decidir de que maneira irá demarcar os terrenos de marinha e seus acrescidos. Irá, mediante procedimento licitatório prévio, contratar uma empresa para a execução da tarefa? Irá firmar convênios com os respectivos municípios? Utilizará os próprios servidores da SPU? As três hipóteses estão previstas no art. 1º da Lei nº 9.636/98 acima transcrito, além de outras previstas no ordenamento jurídico. Compete à Administração Federal decidir qual será adotada, em um juízo de oportunidade e conveniência.

No caso presente, a omissão da Administração não obrigada no espaço da discricionariedade, onde prevalece a conveniência e oportunidade do agente público. Não é lícito o não fazer ou fingir que faz. Configurada a omissão é lícito o controle jurisdicional.

A omissão administrativa configura também, na prática, resistência à pretensão, porque tem efeitos jurídicos equivalentes à recusa expressa. Além de prejudicar terceiros, especialmente os proprietários e posseiros dos imóveis adjacentes que não têm definidos os limites de seu direito de propriedade. Ademais, o próprio desenvolvimento econômico da região fica

comprometido pela deficiente estrutura fundiária.

A omissão da União represente também renúncia de receita não tributária consistente nas taxas de ocupação que não são arrecadadas, sem contar os gastos com as inúmeras demandas judiciais que podem ser evitadas com a demarcação definitiva na esfera administrativa da linha do preamar médio.

Verifico, portanto, a existência dos pressupostos para a concessão do pedido de antecipação de tutela formulado. A obrigação de fazer da União é cristalina e a prova de sua omissão está configurada pelas informações prestadas por seus prepostos responsáveis pelo cumprimento da obrigação. O prolongamento da omissão administrativa aumentará o dano para a própria União e a comunidade dos municípios em foco.

Os contornos do pedido de antecipação da tutela formulado pelo Ministério Público Federal estão revestidos da devida razoabilidade.

Diante do exposto, *concedo a antecipação da tutela*, para determinar que a União cumpra a sua obrigação legal de identificar, cadastrar e demarcar todas as áreas de terrenos de marinha e seus acrescidos nos municípios de Caraguatatuba, Ilhabela e São Sebastião, todos no Estado de São Paulo, com a homologação definitiva da respectiva linha do preamar médio de 1831. Fixo o prazo de 90 (noventa) dias para apresentação de cronograma do trabalho, que deverá ter seu término no prazo de 03 (três) anos, a contar da apresentação do cronograma. Fica estabelecida, desde já, multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de atraso na apresentação do cronograma de trabalho no prazo ora fixado.

Oficie-se à Gerência Regional da Secretaria do Patrimônio da União, dando ciência da presente decisão.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Caraguatatuba, 09 de maio de 2013.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0035206-17.2012.4.03.6182

Embargante: BANCO J. P. MORGAN S.A.
Embargado: FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2013

Vistos.

Trata-se de embargos opostos à execução nº 0001433-59.2004.403.6182, que é movida contra o embargante pela Fazenda Nacional em decorrência de cobrança de débitos previdenciários.

Na inicial, o embargante alega, em síntese, ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal, prescrição intercorrente, nulidade da C.D.A. e inaplicabilidade da multa em face da sucessão tributária. Insurge-se, ainda, contra a cobrança da taxa SELIC e do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69. Juntou documentos a fls. 55/425.

A Fazenda Nacional, impugnando os embargos, rebate as alegações da embargante e afirma a legalidade da cobrança (fls. 445/480). Juntou documentos a fls. 481/553.

Réplica a fls. 558/588.

Nestes termos, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Decido.

Conheço diretamente do pedido, ante a desnecessidade de produção de qualquer prova em audiência, a teor do parágrafo único do artigo 17 da Lei nº 6.830/80.

I – Da ilegitimidade passiva

A execução fiscal nº 0001433-59.2004.403.6182 foi ajuizada em 26/01/2004 contra Frigorífico Gejota Ltda., Epag Empreendimentos e Participações Ltda., Imagem Imóveis Administração Moreira Ltda. e Jose Homero Moreira.

O Frigorífico Gejota Ltda. foi citado por carta com aviso de recebimento (fls. 45 dos autos principais) em 06 de fevereiro de 2004, mas não fora localizado no mesmo endereço para a penhora de bens em 22 de março de 2004 (fls. 51). Imagem Imóveis Administração Moreira Ltda. e José Homero Moreira não foram localizados (fls. 53-58 dos autos principais). Epag Empreendimentos e Participações Ltda. foi citado (fls. 60 dos autos principais), mas também não foram localizados bens a serem penhorados (fls. 65 dos autos principais).

Em 11 de março de 2009, a Fazenda Nacional requereu a inclusão da embargante no polo passivo sob o argumento de que ela é sucessora de Chase Latin America, empresa que detém 40% das ações da empresa JCV Participações e Negócios S.A. Esta, por sua vez, adquiriu o Grupo Gentil Moreira, incluindo-se o Frigorífico Gejota Ltda., o devedor originário (cópias a fls. 187 e s.).

A empresa J.P. Morgan Partners (BHCA), L. P. garantiu a execução fiscal depositando R\$ 32.928.236,56 (fls. 110-112).

A embargante (Banco J.P. Morgan S.A.) sustenta que é pessoa jurídica distinta da indicada como Chase Latin America e que não houve a incorporação de tais empresas conforme fora noticiado pela Embargada. Vejamos.

Conforme documentado nos autos, a embargante (Banco J.P. Morgan S.A.) é sociedade estabelecida no Brasil, nos termos das leis nacionais (fls. 59-80). Anoto que o acionista controlador é J.P. Morgan International Finance Limited, aparentemente uma empresa estrangeira e localizada fora do território nacional, sendo uma acionista Chase Manhattan Holdings Ltda., aparentemente uma empresa localizada no Brasil (fls. 61).

A empresa JCV Participações e Negócios S.A. teve como sócios, além de outras pessoas, João Carlos de Paiva Veríssimo, Chase Latin America Equity Associates LP. e Chase Participações e Negócios Ltda., como comprovam diversos documentos, dentre os quais destaco as fls. 373-374, 404-405 e 428 dos autos principais e as fls. 284-340 destes embargos. Tais documentos indicam que, além de sócios, algumas das partes referidas atuaram em associação (fls. 284-299) e firmaram acordo de acionistas (fls. 300-315).

Para a Fazenda Nacional, Chase Latin America “não mais existe”, tendo sido sucedida por JP Morgan (embargante) (fls. 586 dos autos principais, 209-v destes embargos). Essa informação é rebatida pela embargante, que comprovou que Chase Latin American Equity Associates, L.P. foi incorporada por CCP Overseas Equity Partners I, L.P., por sua vez incorporada Chase Equity Associates, L.P. (fls. 212-224) e, posteriormente, incorporada por J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. (fls. 238-275).

Assim, do ponto de vista formal, temos a identificação de duas pessoas jurídicas distintas: (i) Banco J.P. Morgan S.A. (embargante, sociedade constituída pelas leis brasileiras) e (ii) J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. (sociedade norteamericana). Esta última sucessora de empresa sócia da JCV e prestadora da garantia (depósito judicial de fls. 110-112).

À luz do que restou provado, a embargante não é sucessora de Chase Latin American Equity Associates, L.P. e não deveria ter sido incluída na lide. Entretanto, resta também evidente que as duas empresas descritas anteriormente (Banco J.P. Morgan S.A. e J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P.) fazem parte do mesmo grupo econômico em escala global. Não fosse por outro motivo, dificilmente uma empresa aceitaria depositar em juízo, em qualquer parte do mundo, a quantia de R\$ 33 milhões para permitir que a outra se defendesse perante o Poder Judiciário. A correspondência entre ambas as empresas (fls. 227-231) indica, também, a proximidade entre elas. Portanto, há que ser verificado se a legislação brasileira alcança a embargante e a garantidora da presente execução fiscal.

I.1 – A responsabilização tributária de grupo econômico

A responsabilização tributária de grupo econômico está positivada no art. 30 da Lei nº 8.212/1991 (Lei de Custeio da Seguridade Social), que possui a seguinte redação:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (redação dada pela Lei nº 8.620/1193)
[...]

IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.

Pela redação dada, o primeiro aspecto a ser considerado é se a dívida fiscal aqui cobrada

está fundada na Lei de Custeio da Seguridade Social. Pela cópia de fls. 117, extrai-se da Certidão de Dívida Ativa que o contribuinte fora autuado por não haver exibido “qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições para a seguridade social”, nos termos do § 2º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991. Portanto, o art. 30 da citada lei aplica-se, em tese, à exação cobrada nos autos principais. A verificação é imprescindível, já que o legislador restringiu o texto legal a apenas alguns dos diversos tributos de nosso ordenamento jurídico.

Reconhecida a pertinência da referência legal, o próximo aspecto a ser considerado é a dimensão do comando inserido no inciso IX do art. 30, citado. Em que dimensão as empresas que integram um determinado grupo econômico responderão, solidariamente, pelas obrigações tributárias para com a Seguridade Social? Bastará que se identifique (i) a existência do tributo não pago e (ii) a participação em grupo econômico para que a subsunção esteja presente? Em outros termos, dado que há contribuição previdenciária não recolhida e exista mais de uma empresa a caracterizar grupo econômico para que o Estado cobre de qualquer dessas empresas? Se a resposta for positiva, teremos que o legislador brasileiro passou a desconsiderar, para fins de cobrança previdenciária, a personalidade jurídica que caracteriza cada uma das sociedades que compõem um grupo econômico.

Parte da dogmática de referência indica que caberá à doutrina e à jurisprudência fixar os limites de aplicação do texto legal. Assim, é o entendimento Wladimir Novaes Martinez (*Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7 ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

Trata-se de dispositivo de grande alcance e justifica descrição mais pormenorizada da intenção do legislador (realizar a receita previdenciária), incluindo a concepção de grupo econômico, a natureza do vínculo fiscal, o benefício da ordem e as condições deflagradoras.

Em seu art. 45, o RCPS preferiu reeditar o texto legal, sem maiores esclarecimentos quanto à aplicação da norma. Abriu, com isso, espaço à jurisprudência e, em particular, à doutrina, obrigadas a examinar o assunto como direito excepcional.

Assim, resta evidente a necessidade de procedermos à ampla interpretação do texto legal, que não admite simples subsunção, sob pena de descaracterizar, para fins de cobrança de tributos destinados à Seguridade Social, a personalidade jurídica das empresas pertencentes a grupo econômico. Por sinal, são úteis as palavras do autor para a caracterização empresarial analisada (Wladimir Novaes Martinez, *Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7. ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

Grupo econômico pressupõe a existência de duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes às mesmas pessoas, não necessariamente em partes iguais ou coincidindo os proprietários, compondo um conjunto de interesses econômicos subordinados ao controle do capital. [...] O importante, na caracterização da reunião dessas empresas, é o comando único, a posse de ações ou quotas capazes de controlar a administração, a convergência de políticas mercantis, a padronização de procedimentos e, se for o caso, mas sem ser exigência, o objetivo comum.

Ilustra bem o aspecto no controle unificado de decisões Marcus Orione Gonçalves Correia (*Legislação previdenciária comentada*, 2. ed. rev. e at. São Paulo: 2009, DPJ, p. 181), aduzindo:

Controle é a possibilidade conferida à empresa dirigente de reger os rumos das empresas dirigidas, inclusive a partir da disposição de seus meios de produção (capital, bens e trabalho) para o melhor sucesso das finalidades a serem alcançadas pelo grupo econômico. A maneira mais imediata de se verificar o controle é a preponderância acionária. Todavia, não é a única,

sendo que esta deve ser extraída de todos os indícios possíveis de ingerência na destinação dos fatores de produção, tais como a identidade de sócios entre as empresas componentes do grupo; diversas empresas instaladas no mesmo local e com uma mesma finalidade etc. Direção confunde-se com a efetivação ou materialização do controle (poder diretivo em sentido estrito, poder fiscalizatório e poder disciplinar). Administração é a complexidade de órgãos que compõem a empresa e seus encargos administrativos; assim, dizer que uma empresa é administrada por outra significa reconhecer que é subordinada aos órgãos dessa outra.

A origem do dispositivo legal parece ser o Direito do Trabalho. Na Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 2º, § 2º, consta que:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

A fonte legal primeira para o grupo econômico é indicada Marcus Orione Gonçalves Correia (*Legislação previdenciária comentada*, 2. ed. rev. e at. São Paulo: 2009, DPJ, p. 180-181), que comenta:

Do conceito legal extraem-se alguns requisitos essenciais à caracterização da idéia de grupo econômico: a) existência de vários participantes; b) personalidade jurídica própria de cada participante; c) existência de relação de dominação entre as empresas; d) natureza econômica da atividade.

A respeito dos dois primeiros requisitos apontados, vale dizer que, apesar de se verificar que cada membro do grupo econômico contrata seu pessoal, sendo o sujeito aparente da relação de emprego, em verdade o empregador real é o próprio grupo econômico – teoria da desconconsideração da personalidade jurídica dos membros do grupo econômico para fins de satisfação dos direitos trabalhistas, sendo de se destacar que a *disregard doctrine* encontra-se, hoje, positivada no art. 50 do Código Civil vigente.

A origem trabalhista da caracterização de grupo econômico parece vir somar a outras medidas de cobrança do crédito fiscal, sendo a maior delas o BACENJUD. Tais eventos indicam que o credor tributário se equipara ao credor trabalhador, vendo-se como *hipossuficiente* na relação tributária. Mais importante que nossa visão pessoal de tais fenômenos, ressalta em importância a presença da desconconsideração da personalidade jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil, como um dos elementos legais a serem considerados pelo intérprete/aplicador do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. No Código Civil consta:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Além disso, acreditamos que a passagem da desconconsideração da personalidade jurídica das empresas que componham um grupo econômico, em se tratando da cobrança de créditos de natureza tributária, como é o caso das contribuições para a Seguridade Social, passam

pelos dispositivos do Código Tributário Nacional, nos termos como disposto na Constituição Federal (art. 146, III, *a*). Segundo nosso ponto de vista, desgarrados que estamos da simples interpretação gramatical, quando o constituinte referiu-se a *contribuinte* no texto indicado, devemos considerar o *sujeito passivo*.

Nesse sentido, lançando-nos no Código Tributário Nacional, desde logo vem à lembrança o art. 121, cujo parágrafo único distingue as duas classes de sujeitos passivos expressamente referidos pelo legislador (uma terceira classe, a dos substitutos tributários, é incluída como *responsáveis* nos textos legais). Confira-se:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Assim, temos a distinção, no nível da legislação complementar, de contribuinte e responsável. O primeiro realiza o fato imponível (fato gerador concreto), enquanto o segundo é indicado pela lei sem que tenha realizado o acontecimento no mundo físico ou no mundo jurídico que fez nascer a obrigação tributária.

Nesse ambiente normativo, destaca-se em importância um comando geral de responsabilização tributária: o interesse comum no fato tributário. Colhemos no Código Tributário Nacional que:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

No caso de grupo econômico, *salvo melhor juízo*, não está presente o interesse comum indicado no inciso I. A visão que temos da existência de mais de uma pessoa jurídica, sujeita a um mesmo comando, mas que possam ter sócios distintos, nos termos como aceito atualmente em nosso ordenamento jurídico, não permite que vislumbremos, sempre e em tese, o interesse comum em todas as atividades de um grupo econômico. Lembramo-nos de algumas grandes concentrações de empresas em ramos industriais, notadamente de cervejas e chocolates, autorizadas pelo CADE posto que partícipes do mercado global, que permanecem como pessoas jurídicas distintas dentro do território nacional, ainda que componentes do mesmo grupo econômico. Assim, tratando do assunto *em tese*, temos dúvida se dois produtores que localmente *concorrem entre si*, ainda que partícipes do mesmo grupo econômico, possuam o “interesse comum” indicado pelo legislador complementar. Se assim o for, os tributos devidos por uma empresa poderão ser exigidos de outra, sendo que, como vimos, não se exige da administração tributária verificar a composição societária de cada uma das empresas que componham o referido *grupo econômico*. Se assim o for, salta aos olhos a evidente *injustiça* na cobrança dos tributos, ao arrepio do Texto Constitucional (art. 170, IV, por exemplo).

A desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente por comodidade do fisco, de pessoas jurídicas distintas, mas partícipes do mesmo grupo econômico, viola a própria per-

sonificação das sociedades, estabelecida e autorizada pelo legislador civil. Há que se recordar que quando o legislador excepcional, no art. 50 do Código Civil, a despersonalização, ele – por imperativo lógico – está garantindo a referida personalização. Em outras palavras, só pode haver um incidente de despersonalização em um ordenamento jurídico em que a personalização seja a regra. Com isso, temos que rememorar outro comando inserto no CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nesses termos, a regra é a distinção entre pessoas jurídicas, ainda que componentes de grupo econômico, afastando-se a incidência do art. 124, I, do CTN.

Entretanto, nesse texto legal há outra possibilidade abrangente. Seu inciso II autoriza a solidariedade às “pessoas expressamente designadas por lei”. Parece ser o caso do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991.

Nesse terreno, imperioso considerar a submissão da Lei de Custeio da Seguridade Social com os comandos do Código Tributário Nacional, conforme já estipulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. De fato, no Recurso Extraordinário nº 562.276-PR, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, unânime, j. 3.11.2010, DJe nº 27, publ. 10.02.2011, restou pacificado que:

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

A propósito, há que se registrar o teor da Súmula Vinculante nº 8, da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, exarada nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A inconstitucionalidade dos referidos artigos da Lei de Custeio da Seguridade Social advém de suas incompatibilidades com o Código Tributário Nacional que, conforme assentado, tem força de lei complementar (CF, art. 146, III).

Nesses termos, devemos submeter o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 ao artigo 128 do CTN, que estabelece:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a

responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Devemos destacar, como núcleo do comando, a expressão [pessoa] “vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação”. Assim, na hipótese das cervejarias com diversas pessoas jurídicas dentro do mesmo grupo econômico, somente aquelas vinculadas ao fato impositivo que gerou a obrigação tributária poderão ser levadas a recolher o tributo.

O caminho aqui trilhado parece estar em consonância com o decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (Agravio Regimental no Agravio em Recurso Especial nº 21.073 – RS, rel. Min. Humberto Martins, 2. T., u., j. 18/10/2011), *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de *leasing* na ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravio regimental improvido.

Assim, parece ser imprescindível, em nosso sistema tributário, que, para a aplicação do art. 30, IX, da Lei de Custeio da Seguridade Social, as empresas envolvidas do mesmo grupo econômico tenham atuado conjuntamente, de alguma forma, para permitir que o fato gerador em concreto tenha sido realizado.

Pelo que se depreende das considerações acima apresentadas, não nos parece ser o caso, desde logo, de consideração da inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Basta que o dispositivo legal receba a interpretação sistemática que o compatibilize com o ordenamento jurídico brasileiro.

Voltando para o caso concreto *sub judice*, para que as pessoas jurídicas Chase Latin America Equity Associates L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda. (e, por consequência, seus sucessores) venham a responder pelos débitos do Frigorífico Gejota Ltda., deve restar provado que participaram dos fatos impositivos (não exibição de “qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições para a seguridade social”).

Considerando que aplicação do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 partiu da exequente, ela deveria ter provado que as empresas Chase atuaram para que os livros fiscais do devedor não fossem apresentados à fiscalização. Pela análise dos autos, a Fazenda Nacional não se desincumbiu desse ônus.

Além da vinculação entre o comando legal autorizador da responsabilidade do grupo econômico e o artigo 128 do CTN, há que se considerar, no caso concreto, que a responsabilização das pessoas jurídicas sucessoras, notadamente do prestador da garantia (J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P.) deve ser uma *sucessão* dos deveres do responsável originário. Em outras palavras, para tratarmos da responsabilidade de J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. ou, ainda que em tese, do Banco J.P. Morgan S.A., deveríamos considerar indubitável a responsabilidade de Chase Latin America Equity Associates, L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda. para

a ocorrência do fato imponible.

Pelo que extraímos dos autos, esse aspecto já restou decidido pelo Poder Judiciário. Senão vejamos.

II – Da falência da JCV e a negativa de desconsideração de personalidade jurídica decidida na Justiça Estadual

Conforme abordado no item precedente, a Fazenda Nacional requereu a inclusão do Banco J.P. Morgan S.A. como sucessor de Chase Latin America, detentor de 40% das ações de JCV Participações e Negócios S.A. Esta empresa adquiriu o Grupo Gentil Moreira, incluindo-se o Frigorífico Gejota Ltda., o devedor originário (cópias a fls. 187 e s.).

JCV Participações e Negócios S.A., portanto, era empresa *holding*, dona da empresa executada, contra a qual as certidões de dívida ativa foram expedidas.

Conforme se extrai dos autos (fls. 352-374), a JCV Participações e Negócios S.A. faliu. A data da decretação da falência parece ter sido em 28/03/2001 (fls. 363, *in fine*). Relembrando, a execução fiscal foi ajuizada em 26 de janeiro de 2004.

Com o processo falimentar, resta evidenciado que a cobrança da dívida fiscal deve ser realizada naquele feito ou, ao menos, sua efetivação. Os atos próprios do juízo da execução fiscal, notadamente a penhora de bens e sua expropriação forçada, não se desenvolvem em concomitância com o processo falimentar. Aquele feito é o juízo universal, responsável por arrecadar todo o patrimônio do devedor, transformá-lo em dinheiro e distribuí-lo entre os credores, inclusive os credores fiscais. Não é por outro motivo que o juízo da execução fiscal perde o domínio sobre eventuais bens penhorados em que sucede a falência. Também é do juízo falimentar a competência para apurar as infrações e ilícitos praticados pelos sócios. Tanto é assim que, no caso de falência, o juízo falimentar pode decretar a *desconsideração da personalidade jurídica*, talvez a maior punição que um sócio possa sofrer.

No caso dos autos, diante da falência decretada, a exequente ora embargada deveria ter requerido a este juízo a penhora no rosto dos autos do processo falimentar dos créditos que possui, já que o fisco não necessita de habilitação naquele feito. Ou, então, deveria ter provado que a falência indicada não alcançou o executado, o que não restou evidenciado.

A falência, em termos jurídicos, põe fim à personalidade jurídica do devedor, equiparando-se ao término da vida do ente despersonalizado. Assim, a pessoa jurídica tem seu fim basicamente em duas circunstâncias distintas: quando os sócios decidem pelo encerramento de sua existência, oportunidade em que pagam todos os credores e dão baixa em todos os registros; quando há sentença falimentar, que decreta a “morte” da pessoa ideal. Como é cediço, na falência os credores irão habilitar-se (exceto o fisco), o juiz irá distribuir o que for arrecadado e sua sentença encerrará os negócios e a pessoa jurídica.

Assim sendo, à evidência, os deveres dos sócios das pessoas jurídicas falidas, inclusive seus ônus financeiros, cessam com o término do processo falimentar. Nesses termos, a falência da JCV Participações e Negócios S.A. fez cessar as responsabilidades de seus sócios, inclusive de Chase Latin America e, por sucessão, de J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P.

A responsabilidade patrimonial dos sócios somente prosseguirá se houver sua *desconsideração da personalidade jurídica*. Em tais casos, o Poder Judiciário identifica que a sociedade falida foi usada irregularmente para acobertar as atividades comerciais de seus sócios, que abusaram do ente despersonalizado. Nesse contexto, os credores poderão buscar a satisfação

de seus créditos diretamente no patrimônio dos sócios, passando por cima, *desconsiderando* a pessoa jurídica devedora.

É a hipótese a nós trazida, em que a execução fiscal contra Frigorífico Gejota Ltda. faz com que J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P., como sucessora de Chase Latin America Equity Associates LP., depositasse o valor da dívida em juízo e discutisse sua responsabilidade.

Contudo, conforme documentado nos autos, a desconsideração da personalidade jurídica do Chase (Chase Latin America Equity Associates L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda.), frente à falência de JCV, foi requerida por Sérgio Tames Administração de Bens Próprios S/C Ltda. (fls. 352-369) e negada pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo em 07 de julho de 2004, em bem fundamentada decisão, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 370-374, cópias parciais da referida decisão, mas suficientes para comprovar a manutenção da decisão de 1º Grau).

Observo que a análise feita pela Justiça Estadual exauriu os argumentos de mérito aqui trazidos pela Fazenda Nacional, notadamente a responsabilidade das empresas Chase diante da JCV. Caso abordássemos todos esses aspectos, estaríamos indiretamente funcionando como órgão revisor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que seria evidente absurdo. Diante dos documentos referidos neste item, teria a Fazenda Nacional que comprovar que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por outro órgão que não sua Nona Câmara de Direito Privado, ou o não menos egrégio Superior Tribunal de Justiça teriam reformado as indicadas decisões. Isso não ocorreu.

Assim, à evidência, a responsabilidade de Chase Latin America Equity Associates LP. e Chase Participações e Negócios Ltda., por conseguinte do Banco J.P. Morgan S.A. e J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. frente a JCV Participações e Negócios S.A. está julgada e não pode ser aberta por esta Justiça Federal.

Entretanto, apenas a título de ilustração, observo que as empresas Chase buscaram a própria falência da JCV, ainda que não tenham sido bem sucedidas. É o que extraímos de trecho da decisão da Justiça Estadual, a fls. 357:

2.6. Ante a resistência do Chase em investir mais valores, o que não foi mais autorizado pela direção do grupo (cf. inúmeras correspondências de fls. 659/725); tendo tal acionista sugerido fosse postulada a decretação da auto-falência (cf. fls. 3.613 e fls. 5.951 – nº 210.688/00-2). Ante o acordo de acionistas, que convencionava a deliberação somente com 85% do capital social (cf. fls. 407 – item 4.1), restou o impasse; sendo a falência decretada em processo movido por um dos credores.

Fazemos o destaque para ilustrar a aparente lisura de Chase Latin America Equity Associates L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda. na atuação da JCV Participações e Negócios S.A., o que já foi *julgado* no foro próprio.

Ressaltamos, portanto, que a decretação da falência transfere as discussões que aqui se pretendeu reproduzir para o juízo falimentar, notadamente porque a falência é uma forma de encerramento regular de pessoa jurídica. Há diversos precedentes jurisprudenciais nesse sentido. Confira-se:

[...] Com o trânsito em julgado da sentença que decretou o encerramento da falência e diante da inexistência de motivos que ensejassem o redirecionamento da execução fiscal, não restava outra alternativa senão decretar-se a extinção do processo, sem exame de mérito, com fulcro no art. 267, IV, do CPC. Não se aplica ao caso a regra do art. 40 da LEF.

(RESP 758363/RS, 2ª TURMA, MIN. CASTRO MEIRA, DJ de 12/09/2005)

1. Nesta Corte o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN.
2. *A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade*, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos.

3. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, *só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos*.

(Origem: STJ - Classe: RESP - 697115 Processo: 200401409187 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 02/06/2005 Relator(a) -ELIANA CALMON) – grifo nosso

1. Esta Corte fixou o entendimento que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Ficou positivado ainda que os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias quando há dissolução irregular da sociedade.

2. A quebra da sociedade de quotas de responsabilidade limitada não importa em responsabilização automática dos sócios.

3. Em tal situação, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, *só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos*.

(Origem: STJ Classe: RESP 652858 Processo: 200400557670 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 28/09/2004 Relator(a) -CASTRO MEIRA)

(...) 3. Nesta Corte o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN. 4. *A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade*, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos. 5. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, *só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos*.

(STJ RESP 601851/RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJ DATA: 15/08/2005 p; 249)

(...) 4. Também nos casos de quebra da sociedade, não há a inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. (...)

(Origem: TRF3 Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO – 220981, Processo: 200403000604747 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 22/06/2005 Documento: TRF300093618 Fonte - DJU DATA: 06/07/2005 PÁGINA: 126 Relator(a) - JUIZ MÁRCIO MORAES)

(...) 5. Para que se autorizasse o redirecionamento da execução em face dos sócios co-responsáveis, cumpriria à exeqüente comprovar a ocorrência de crime falimentar ou a existência de indícios de falência irregular ou fraudulenta. A simples quebra não pode ser motivo de inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal, porquanto não há demonstração de prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social.

(Origem: TRF3, Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 332631, Processo: 200803000142253 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 23/10/2008 Relator(a) - JUIZ LAZARANO NETO)

(...) 4. A falência não constitui espécie de dissolução irregular, não ensejando, por si só, o redirecionamento do processo executivo fiscal.

5. Não comprovou a exeqüente que os sócios da executada agiram com excesso de poderes ou infração da lei, o que gera a extinção da execução, sem exame do mérito, conforme a r. sentença (...).

(Origem: TRF3 Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1353447 Processo: 200361820489660 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 23/10/2008 Relator(a) - JUIZ NERY JUNIOR)

(...) 4. A empresa executada teve sua falência decretada, o que evidencia que suas atividades não se encerraram irregularmente, pouco importando que ela já se encontrasse inativa antes. A responsabilidade pessoal do falido exige a comprovação de crime falimentar ou de falência irregular, o que não restou demonstrado nos autos (...).

(Origem: TRF3 Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 57808 Processo: 91030336930 UF: SP Órgão Julgador: TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO Data da decisão: 21/06/2007 Relator(a) - JUIZ CARLOS DELGADO)

(...) 6. A ocorrência da falência da executada não configura hipótese de dissolução irregular da sociedade, capaz de ensejar o redirecionamento da execução, ao contrário, prevista em lei, reputa-se dissolução regular (...)

(Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200401000401953, Processo: 200401000401953 UF: MG Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 17/06/2008 Relator(a) - DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO)

1. O processo falimentar é uma forma regular de dissolução da sociedade e, por si só, não autoriza o redirecionamento da execução contra os sócios da executada. 2. Não ocorrendo nenhuma hipótese prevista nos arts. 134 e 135, do CTN, não há como se redirecionar a execução contra os sócios (...)

(Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 160569, Processo: 200702010152248 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, Data da decisão: 10/06/2008 Relator(a) - Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES)

(...) 3 - Entende-se configurada a responsabilidade dos administradores da sociedade nas hipóteses em que esta é dissolvida de forma irregular. No caso dos autos, porém, a dissolução ocorreu em virtude de falência, o que não acarreta, de forma automática, a suposição de que houve irregularidade na dissolução.

(Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 135906 Processo: 200502010026982 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA ESPECIALIZADA Data da decisão: 28/08/2007. Relator(a) - Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES)

(...) A extinção da sociedade pela falência é forma regular de dissolução, inexistindo, outrossim, comprovação de que houve crime falimentar.

(Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO – 114395 Processo: 200302010063957 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA Data da decisão: 13/02/2007 Relator(a) - Desembargador Federal JOSE NEIVA/no afast. Relator)

Considerando que a falência da controladora do devedor foi decretada e que a responsabilidade dos sócios foi discutida naqueles autos, não há mais o que ser decidido no presente feito.

Decisão

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil brasileiro. Declaro insubsistente a penhora e extinto este processo. Condeno a embargada a arcar com as custas processuais e verba honorária, que fixo em 1% (um por cento) do débito cobrado, corrigido na forma da lei.

Determino o traslado de cópia desta sentença para os autos da execução fiscal, bem como os documentos de folhas 348-374.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de outubro de 2013.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

AÇÃO ORDINÁRIA

0000114-24.2013.4.03.6317

Autor: ALEX CRESCÊNCIO DE MIRANDA
Ré: UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC - UFABC
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Juiz Federal: PAULO BUENO DE AZEVEDO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2013

1. Relatório

Cuida-se de ação oriunda do JEF ajuizada por Alex Crescêncio de Miranda contra a Universidade Federal do ABC (UFABC).

Aduz que a Universidade Federal do ABC (UFABC) recusa-se a assinar termo de estágio não obrigatório com a empresa Mercedes-Benz, em razão de o seu coeficiente acadêmico não ser maior ou igual a 2, nos termos da Resolução ConsEPE, nº 112. Aduz o autor que está aprovado na maioria das disciplinas e que não pode ser impedido de frequentar o estágio, uma vez que se encontra regularmente matriculado e frequenta a universidade.

Juntou documentos.

A MM. Juíza Federal do JEF declinou de sua competência.

A tutela antecipada foi deferida por este Juízo (fls. 26/27).

Citada e intimada, a UFABC interpôs agravo de instrumento e apresentou contestação.

A fls. 52/53, consta a v. decisão monocrática do Excelentíssimo Desembargador Relator do agravo que indeferiu a antecipação da tutela recursal.

Réplica a fls. 55/57.

É o relatório.

2. Fundamentação

Cabível o julgamento antecipado do presente feito, já que envolve apenas matéria de direito.

Torno a ver os autos após a liminar concedida, podendo apreciar os argumentos dos doutos advogados das partes, bem como a lúcida fundamentação do Excelentíssimo Desembargador Federal Relator do agravo interposto.

Já conhecedor dos argumentos da UFABC, mantenho o meu entendimento anterior.

O argumento da autonomia universitária não pode servir como uma espécie de “carta coringa” a fim de que a Universidade teça as regras que bem entender, em desrespeito às normas e, em especial, aos princípios relativos ao estágio e à educação.

Relembro os exatos termos da Resolução *sub judice*:

Art. 5º O aluno do BC&T e do BC&H da UFABC somente poderá realizar o estágio não-obrigatório se satisfizer as seguintes condições na data em que o estágio for solicitado na Divisão de Estágios e Monitorias:

- I. ter aprovação de um conjunto de disciplinas que perfazem no mínimo 50 (cinquenta) créditos em disciplinas obrigatórias para os cursos BC&T ou BC&H; e
- II. ter Coeficiente de Aproveitamento (C.A) maior ou igual a 2,0 (dois).

A exigência de um determinado coeficiente de aproveitamento determinado pela resolução provoca o seguinte questionamento: quem precisa mais do estágio? Apenas os alunos com as melhores notas? E os alunos com notas não tão boas, considerando o tal coeficiente de aproveitamento, não precisariam do estágio? Precisariam menos?

Nos termos da Lei 11.788/2008, o estágio é considerado um ato educativo (art. 1º).

Assim, impedir o autor de estagiar é um ato anti-educativo. Respondendo às questões acima, parece que os alunos com notas não tão altas precisam tanto ou até mais do estágio do que outros alunos.

Acresço, ainda, à minha fundamentação anterior o art. 2º, § 2º, da Lei 11.788/2008:

Art. 2º O estágio poderá ser obrigatório ou não-obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso.

§ 1º Estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma.

§ 2º Estágio não-obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória.

É importante tal dispositivo porque contém a definição do *estágio não obrigatório*, que consiste justamente no estágio pretendido pelo autor que encontra óbice na aludida resolução.

Pois bem, aprofundando a definição acima, quando a lei define o estágio não obrigatório como *atividade opcional* está se referindo à opção de quem? Obviamente, não se refere à opção da universidade, pois o estágio, por opção da universidade, é justamente o estágio obrigatório para o aluno. *Portanto, conclui-se que o estágio não obrigatório se dá por opção do aluno e não da universidade!*

Daí a grande questão: a autonomia universitária lhe dá o direito de interferir na *opção do aluno por um determinado estágio*? Pior ainda: a autonomia universitária lhe dá o direito de interferir na *opção do aluno por determinado estágio em razão de suposta deficiência acadêmica*? As respostas são, à toda evidencia, negativas.

A autonomia universitária não dá direito à UFABC de restringir a *opção* do aluno por determinado estágio não obrigatório. Assim, a resolução em comento viola a própria definição de estágio não obrigatório (art. 2º, § 2º, da Lei 11.788/2008), sendo, por tal razão, ilegal.

A resolução em comento da UFABC viola também o princípio constitucional da legalidade (CF, art. 5º, inc. II), pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou a *deixar de fazer alguma coisa* senão em virtude de lei.

Em suma, a autonomia universitária não propicia o direito de a universidade interferir ou restringir a escolha do aluno por determinado estágio não obrigatório. Portanto, a resolução sub judice viola o art. 5º, inc. II, da Constituição.

Não bastasse tudo isso, a citada resolução da UFABC também viola o bom senso, e ao contrário do aduzido pelo nobre Procurador Federal (fl. 42 verso, último parágrafo), ofende flagrantemente a razoabilidade e a proporcionalidade. Não é razoável impedir um aluno de estagiar por conta de notas supostamente baixas. De novo, insiste-se na pergunta: não seria

o aluno com notas mais baixas quem mais poderia se beneficiar do estágio?

A propósito, peço vênia para citar um trecho da v. decisão do Excelentíssimo Desembargador Johonsom di Salvo que indeferiu a tutela antecipada recursal:

A burocracia da Universidade não pode prestar um desserviço ao aluno só porque lhe faltaram 0,13 para atingir certo limite que – no entender exclusivo da Instituição – o habilitaria a estagiar.

Ora, trata-se de estágio voluntário e é um *absurdo* que a Universidade se oponha a isso – *para prejudicar seu aluno* – fincada em números frios, olvidando, em favor da tecnocracia docente, realidades maiores da vida.

O autor é um moço de origem modesta que conseguiu a grande oportunidade de estagiar em empresa de prestígio, que celebrará em favor dele um programa de até 2 anos de estágio bem remunerado e com auxílio-transporte. É de clareza solar que esse evento ilustrará o currículo do aluno e o ajudará no futuro. (trecho da decisão monocrática liminar proferida no Agravo 0002640-97.2013.4.03.0000/SP – destaques em itálico e em negrito nossos)

Mais não é preciso dizer.

3. Dispositivo

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido*, com resolução de mérito (CPC, art. 269, I) para *condenar* a UFABC a assinar o contrato de estágio não obrigatório do autor.

Mantida a tutela antecipada anteriormente concedida.

Condeno a UFABC em honorários advocatícios que fixo, consoante apreciação equitativa, em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A UFABC é isenta da custas.

Sentença não sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

Comunique-se a prolação desta sentença ao Excelentíssimo Desembargador Federal Relator do Agravo 0002640-97.2013.4.03.0000/SP.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Santo André, 02 de agosto de 2013.

Juiz Federal Substituto PAULO BUENO DE AZEVEDO

AÇÃO PENAL

0000779-79.2013.4.03.6110

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: ANDERSON BARROS DE PAULA E ROBERTO PAREDES ACEVEDO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP

Juíza Federal: SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO

Disponibilização da Sentença: Intimação 30/08/2013

RELATÓRIO

Vistos e examinados os autos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de ANDERSON BARROS DE PAULA, brasileiro, amasiado, armador, filho de André de Paula e Maria Aparecida Barros de Paula, portador da cédula de identidade sob RG nº 36.192.333 SSP/SP e CPF nº 348.672.118-69, domiciliado na Rua Pedro de Mesquita, 225, Vila Barão, Sorocaba/SP, atualmente preso e recolhido na Penitenciária II, de Itirapina/SP e ROBERTO PAREDES ACEVEDO, paraguaio, solteiro, piloto de avião, filho de Adolfo Damião Paredes González e Elena Gertudi Paredes, domiciliado na Avenida Marisca Lopes, 1342, Fernando de La Mora, Assunção/PY, atualmente preso e recolhidos na Penitenciária III, de Pinheiros, São Paulo/SP, dando-os como incursos nos artigos 33, “caput” e 35, “caput”, combinados com o artigo 40, inciso I, todos da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que os acusados, associados em comunhão de desígnios, foram presos em flagrante delito, pois, importaram, adquiriram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram a quantidade de 409,60 Kg (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar, oriundas da Bolívia, de forma que a procedência do produto apreendido (cocaína) e circunstâncias do fato evidenciam a transnacionalidade do delito.

Segundo consta da denúncia, às fls. 218/219:

(...) 1. no dia 06 de fevereiro de 2013, por volta das 17:30 hs, na estrada que liga os municípios de Porto Feliz, SP, e Rafard, SP, ANDERSON BARROS DE PAULA e ROBERTO PAREDES importaram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram drogas em desacordo com determinação legal, sendo que a procedência do produto apreendido e circunstâncias do fato evidenciaram a transnacionalidade do delito, tendo se associado para tal fim.

2. Na ocasião, policiais federais que estavam a bordo da viatura Nissan Frontier, placas DKB 2023, avistaram a camionete Toyota Hilux - placas DUS 1551, (doravante simplesmente denominada Hilux), que seguia em conjunto e era seguida pelo automóvel Fiat Palio, placas FAL 0306 (doravante simplesmente designado “Palio”), vindo na direção contrária à viatura, e determinaram que ambos os veículos Hilux e Palio parassem.

3. O condutor do Palio imediatamente retrocedeu, fez uma manobra e fugiu do local em alta velocidade, sendo em momento posterior localizado abandonado em um matagal nas proximidades do local dos fatos. ROBERTO PAREDES era um dos ocupantes do automóvel Palio que conseguiu fugir naquele momento.

4. O condutor da Hilux, por sua vez, avançou com o veículo na direção da viatura que era ocupada pelos policiais federais, vindo a colidir frontalmente com ela, danificando-a e fazendo com que as bolsas de proteção “air bags” fossem acionadas.

5. Ato contínuo, todos os ocupantes da Hilux saíram do veículo e correram em direção à mata

na margem da estrada, ao tempo em que efetuaram disparos de arma de fogo na direção dos policiais federais. Houve troca de tiros entre os policiais e os furtivos.

6. A Hilux foi abandonada no local dos fatos, em seu interior foram encontrados 409,60 Kg de cocaína.

7. Um dos ocupantes da Hilux era ANDERSON BARROS DE PAULA, que foi preso em flagrante pelos policiais federais no local dos fatos, uma vez que acabou sendo atingido na troca de tiros e não conseguiu fugir.

8. Os demais ocupantes da Hilux fugiram.

9. Ainda no local, seguindo orientações fornecidas por ANDERSON BARROS DE PAULA, os policiais federais percorreram cerca de cinco quilômetros à frente do local da abordagem e localizaram uma aeronave - prefixo PR-JHM, avariada às margens da estrada que liga os municípios de Porto Feliz/SP e Rafard/SP.

10. O paraguaio ROBERTO PAREDES, por sua vez, foi localizado por guardas civis metropolitanos no dia 07 de fevereiro de 2013, por volta das 20:00 hs, distante cerca de três quilômetros do local dos fatos, em uma estrada vicinal situada na outra margem do rio que corta aquela região.

11. A aeronave de prefixo PR-JHM foi pilotada por ROBERTO PAREDES a partir da cidade de Vera Cruz, SP, até a Bolívia, onde ROBERTO PAREDES teve carregada a aeronave - prefixo PR-JHM com a cocaína apreendida na ocasião dos fatos, transportando em seguida a droga até o local em que a aeronave foi localizada pelos policiais federais, sendo que receberia pelo serviço US\$ 30.000,00.

12. Ainda, no interior da Hilux os policiais federais encontraram os documentos relativos à aeronave de prefixo PR-JHM.

13. ANDERSON BARROS DE PAULA foi o responsável, quando menos, por transferir a cocaína que estava na aeronave para a caminhonete Hilux, e por prestar auxílio aos demais ao ceder seu veículo Palio para ser utilizado durante o crime.

14. A associação entre todos os envolvidos era prévia e organizada para a prática do tráfico internacional de entorpecente, e a enorme quantidade trazida do exterior revela a organização estável e especializada que havia (...).

Além disso, em face do acusado ANDERSON BARROS DE PAULA, o *Parquet* Federal ofereceu denúncia por infração aos artigos 329, *caput*, do Código Penal, ao argumento de que Anderson opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo.

Ainda, consta denúncia de que ANDERSON BARROS DE PAULA deteriorou patrimônio da União Federal, com violência à pessoa, infringindo o artigo 163, § único, incisos I e II, do Código Penal.

O Auto de prisão em flagrante encontra-se acostado às fls. 02/10 dos autos.

O Auto de Apreensão, o Laudo Preliminar de Constatação e o Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) encontram-se acostados em fls. 11/12, 15/20 e 69/72 dos autos, respectivamente.

Às fls. 97 encontra-se o comprovante de depósito a ordem deste Juízo da importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), encontrada em poder de Anderson Barros de Paula, por ocasião de sua prisão.

O pedido de prisão temporária do acusado Roberto Paredes foi deferido às fls. 59/63 do Auto de Prisão em Flagrante e a prisão em flagrante do acusado Anderson Barros de Paula foi convertida em prisão preventiva, consoante decisão de fls. 67/70, dos mesmos autos.

Os Laudos de Perícia Criminal Federal (veículos) encontram-se juntados às fls. 134/139, referente ao Fiat Palio - placas FAL 0306, fls. 139/144, referente à Toyota Hilux - placas DUS

1551, e fls. 174/181, referente à Nissan Frontier.

Por decisão de fls. 103/105 foi deferido o pedido de realização de perícia da memória não volátil, sendo certo que o Laudo de Perícia Criminal Federal (Informática) encontra-se acostado às fls. 182/187 dos autos.

A aeronave - prefixo PR-JHM avariada foi apreendida e depositada nas mãos do Presidente do Aeroclube de Itu/SP (fls. 167/8).

Em seu relatório de fls. 201/208, a autoridade policial solicita autorização para utilização dos dois veículos apreendidos nos autos, no combate ao tráfico de entorpecente, bem como representa pela quebra do sigilo cadastral dos titulares das linhas telefônicas que constam do Laudo Pericial realizado nos aparelhos de telefone celulares apreendidos na data dos fatos.

Por decisão de fls. 224/226, foi autorizada a quebra do sigilo cadastral dos titulares das linhas telefônicas, que constam do Laudo Pericial, realizado nos aparelhos de telefone celulares, apreendidos na data dos fatos, bem como foi determinada a expedição de ofício ao SENAD a fim de que fosse informado se indicaria a DPF de Sorocaba, para custódia e uso dos veículos apreendidos, sendo certo que, posteriormente, ante a sinalização positiva da SENAD, o pedido de cessão dos veículos apreendidos à DPF de Sorocaba foi deferido (fls. 283).

Na mesma decisão, de fls. 224/226, determinou-se a notificação pessoal dos acusados para o oferecimento de defesa prévia, nos termos do artigo 55, da Lei 11.343/2006.

Intimado, o acusado Anderson, através da Defensoria Pública da União, apresentou defesa prévia às fls. 319/322, postulando pelo não recebimento da denúncia e pelo relaxamento da prisão preventiva, sob alegação de excesso de prazo da prisão, tendo sido este último pedido indeferido às fls. 323.

O Auto de Inutilização de substância entorpecente encontra-se acostado às fls. 330/331 dos autos.

A defesa constituída do acusado Anderson apresentou defesa prévia às fls. 332/334, tendo indicado testemunhas e solicitado a realização de exame de dependência toxicológica no acusado, o que foi indeferido às fls. 342. Na mesma decisão, a DPU foi destituída do exercício da defesa do acusado Anderson e nomeada para defender o acusado Roberto.

A defesa prévia do acusado Roberto encontra-se acostada às fls. 347/349 dos autos.

Por decisão de fls. 351/352, ao argumento de que não se vislumbrava, nas defesas apresentadas pelos acusados, a ocorrência de nenhuma das hipóteses de rejeição previstas no artigo 43 da Lei 11.343/2006, a denúncia foi *recebida* no que tange ao delito de tráfico internacional de entorpecente, previsto no artigo 33, *caput* e 40, I, do mesmo diploma legal e *rejeitada* no que tange à prática do delito capitulado pelo artigo 35, da Lei 11.343/2006, pelos réus Roberto e Anderson, bem como, em relação aos artigos 329, *caput* e 163, § único, I e III, ambos do Código Penal, em relação ao réu Anderson.

O Laudo de Perícia Criminal Federal (Aeronave - prefixo PR-JHM) encontra-se às fls. 378/386 dos autos.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, às fls. 394, em face da decisão que rejeitou a denúncia pela suposta prática do delito previsto no artigo 35, da Lei 11.343/2006, por parte dos réus Roberto e Anderson, bem como rejeitou a denúncia pela suposta prática dos artigos 329, *caput* e 163, § único, I e III, ambos do Código Penal, com relação ao réu Anderson, recurso esse distribuído perante a 2ª Colenda Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob nº 0003645-60.2013.403.6110.

As testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa do acusado Roberto, ou seja,

Fernando Antonio Bonhsack, Marco Aurélio Maciel, Robson de Oliveira Costa, Moacir José de Souza e Moacir de Moura Filho, bem como as testemunhas arroladas pela defesa do acusado Anderson, a saber, Silvia Regina Pinheiro e Maria Pereira da Silva foram ouvidas às fls. 438/444, sendo certo que a defesa de Anderson desistiu da oitiva das testemunhas Bruna Suelen Rosário, Cláudio Gilmar Moraes Mata e Hebert Henrique, o que foi deferido na própria audiência (fls. 434).

Os réus Anderson Barros de Paula e Roberto Paredes Acevedo foram interrogados às fls. 436/437.

Todos os depoimentos, tanto dos acusados, quanto das testemunhas, foram colhidos por sistema de gravação áudio-visual, conforme preconiza o artigo 405 e §§ do Código de Processo Penal, encontrando-se a mídia eletrônica anexada às fls. 445 dos autos.

Em Alegações Finais de fls. 461/465 o Ministério Público Federal propugnou pela condenação dos acusados pelo delito de tráfico de internacional entorpecente, capitulado pelo artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/2006.

A defesa do acusado Roberto Paredes Acevedo, em Alegações Finais de fls. 467/478, requer seja reconhecida a atenuante da confissão na fixação da pena, a qual deverá ser a mínima, haja vista as circunstâncias do delito, além do afastamento da Súmula 231, do STJ que veda a fixação da pena abaixo do mínimo legal.

Às fls. 508/510 a defesa de Roberto requer a sua transferência para estabelecimento prisional próximo à fronteira com a República do Paraguai, juntando documentos médicos às fls. 545/561, cuja análise restou postergada por ocasião da prolação desta decisão, nos termos da decisão de fls. 540 dos autos.

A defesa do acusado Anderson, por sua vez, em Alegações Finais de fls. 538/542, propugna pela sua absolvição, sustentando a mera coincidência de ele estar presente no dia dos fatos, uma vez que foi convidado por uma pessoa de prenome Luiz para descarregar um caminhão de eletrônicos.

Por decisão de fls. 563, o julgamento do feito foi convertido em diligência, a fim de que acusação e defesa se manifestassem acerca dos documentos juntados às fls. 511/532, sendo certo que as partes manifestaram-se nos autos ratificando, inclusive, as Alegações Finais já apresentadas (fls. 566-v, 584 e 586).

As certidões de antecedentes e distribuições criminais dos acusados estão carreadas em apenso aos autos.

É o breve relatório. Passo a fundamentar e a decidir.

MOTIVAÇÃO

Inicialmente, registre-se que a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal descreve conduta típica que se subsume àquela de tráfico internacional de drogas. Assim, cabe à Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal julgar o feito, posto que a imputação é relativa a cometimento de crime previsto em tratado internacional, cujo início da execução teria ocorrido em território estrangeiro, com posterior internação no Brasil.

1) ANÁLISE DO TIPO PENAL:

Inicialmente, registre-se que o fato material praticado pelos acusados amolda-se com propriedade aos elementos constantes da Lei Penal. Neste passo, cumpre analisar os quatro elementos do fato típico:

a) Conduta dolosa

Os acusados ANDERSON BARROS DE PAULA e ROBERTO PAREDES ACEVEDO importaram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram 409,60 Kg (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas) de cocaína, oriundas da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A conduta dolosa dos réus vem descrita na peça acusatória, segundo a qual, policiais federais de várias descentralizadas, engajadas na prevenção ao tráfico de drogas na região de Porto Feliz, surpreenderam, no final de tarde de 06/02/2013, numa estrada vicinal, em meio a canaviais, entre as cidades de Porto Feliz/SP e Rafard/SP, dois veículos que vinham em sentido contrário de sua mão de direção, tendo sido dada ordem de parada aos referidos veículos.

Narra a denúncia que o veículo que seguia à frente, ou seja, uma Toyota Hilux - placas DUS 1551 não obedeceu à ordem e investiu contra o carro dos Policiais Federais, ocasionando uma colisão frontal. O veículo que vinha logo atrás, um Fiat Palio - placas FAL 0306, logrou êxito em empreender fuga.

Consta que, após a colisão, houve intensa troca de tiros entre os criminosos e os Policiais Federais, sendo que um dos ocupantes da Toyota Hilux - placas DUS 1551 foi baleado e preso, tendo os demais indivíduos, conseguido fugir.

O indivíduo baleado naquela ocasião, sem gravidade, é o acusado Anderson Barros de Paula, que contou aos policiais federais, ainda no local, que a Toyota Hilux - placas DUS 1551 estava carregada de entorpecente, entorpecente este que teria sido trazido por uma aeronave - prefixo PR-JHM que se encontrava um pouco à frente do local da colisão, avariada. Em buscas pelo local, Policiais Federais, com o auxílio de Policiais Militares, localizaram tanto a aeronave - prefixo PR-JHM, indicada por Anderson, quando o veículo Fiat Palio - placas FAL 0306, também abandonado, após o confronto policial, veículo este de propriedade do referido acusado.

O paraguaio Roberto Paredes, piloto da aeronave - prefixo PR-JHM, foi localizado por guardas civis metropolitanos no dia 07 de fevereiro de 2013, por volta das 20:00 hs, distante cerca de três quilômetros do local dos fatos, em uma estrada vicinal situada na outra margem do rio que corta aquela região, já que havia fugido no veículo Fiat Palio - placas FAL 0306, juntamente com outro indivíduo, o qual logrou êxito em fugir, tendo ambos abandonado o veículo com a finalidade de fugir da Polícia Federal.

b) Resultado

Não obstante o crime de tráfico de entorpecente seja considerado pela doutrina como um crime formal, ou seja, que não exige para sua configuração um resultado naturalístico, o delito perpetrado pelos acusados ofendeu bem jurídico tutelado, a saúde pública, já que a substância “cocaína”, cujo uso é proscrito no Brasil, é reconhecidamente danosa ao ser humano.

c) *Nexo de Causalidade*

O amplo conjunto probatório amealhado e produzido durante a instrução processual permite concluir, sem sombra de dúvidas, o liame existente entre a conduta dos réus e o resultado juridicamente protegido.

d) *Tipicidade*

A subsunção da conduta perpetrada pelos acusados amolda-se perfeitamente ao delito capitulado pelo artigo 33, *caput* e artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06.

1.1) EXAME DAS CAUSAS EXCLUDENTES DE TIPICIDADE:

As causas excludentes de tipicidade, quais seja, coação física, crime impossível, erro de tipo e força maior, se encontram ausentes, como passa a ser exposto.

1.2) DA MATERIALIDADE DELITIVA:

Passo a examinar, agora, a materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto pelo art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Efetivamente, a materialidade do delito está consubstanciada no Auto de Apreensão, o Laudo Preliminar de Constatação e o Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) que se encontram acostados em fls. 11/12, 15/20 e 69/72 dos autos, respectivamente, que atestam que o produto apreendido, correspondente a uma massa bruta de 409,60 Kg (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas), trata-se da droga cocaína, que é capaz de causar dependência física ou psíquica.

O laudo de exame de substância (cocaína) realizado pelos peritos criminais federais, às fls. 69/72 dos autos, conclui, às fls. 71, que:

(...) os exames realizados forneceram resultado positivo para a substância cocaína (...) A cocaína encontra-se na Lista F1 (LISTA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DE USO PROSCRITO NO BRASIL), como substância que pode causar dependência física ou psíquica. Dessa forma, a cocaína é definida como “droga” de acordo com o § único do artigo 1º, da Lei 11.434/2006 de 23/08/2006 e pode implicar nas tipificações previstas nos artigos 28 e 33 da referida Lei.

Comprovada a materialidade delitiva do delito sob análise, resta perquirir acerca da autoria.

1.3) DA AUTORIA DELITIVA:

Da análise do conjunto probatório que instrui o presente feito, notadamente o Auto de Prisão em Flagrante, constata-se que resta comprovada a autoria dos acusados pela prática

dos crimes definidos nos artigos 33, “caput”, e 40, incisos I, da Lei nº 11.343/06, como passa a ser exposto.

Verifica-se dos autos que o acusado Anderson foi abordado, no dia 06 de fevereiro de 2013, quando integrava um comboio que trazia, após descarregamento de aeronave - prefixo PR-JHM que pousou em um canavial no município de Porto Feliz/SP, 409,60 (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas) da substância entorpecente cocaína, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ao perceber a aproximação dos Policiais Federais, o motorista do veículo que seguia na frente, e estava carregado com o entorpecente, ou seja, a Toyota Hilux - placas DUS 1551, fez um movimento brusco tendo a intenção de empreender fuga, vindo a colidir com o veículo dos Policiais Federais. Após o choque, seguiu-se um tiroteio, sendo que os ocupantes do veículo fugiram, com exceção de Anderson, que foi alvejado nas nádegas, e foi preso em flagrante.

Passa-se, então a individualizar a prática da conduta delitiva descrita na peça acusatória, por parte do corréu Anderson.

Conquanto o corréu Anderson negue a prática dos fatos descritos na peça acusatória, e tenha exercido o direito constitucional de permanecer em silêncio, por ocasião de seu interrogatório perante Polícia Federal, o conjunto probatório dos autos atesta a subsunção de sua conduta ao disposto pelo artigo 33, da Lei 11.343/06.

Com efeito, Anderson foi preso em flagrante, no local dos fatos, e não negou que sabia que a camionete em que se encontrava estava carregada de entorpecente, dando, inclusive, informações acerca da localização do avião que, efetivamente, trouxe a droga da Bolívia.

Por sua vez, do exame de seu interrogatório (fls. 436), prestado em Juízo, extrai-se que:

(...) Que sempre morou em Sorocaba e ia muito na Feira da Barganha, que lá conheceu Luis, sendo que Luís é um dos que fugiu no dia dos fatos; que na terceira ou quarta vez que o encontrou foi convidado por Luis para descarregar um caminhão de eletroeletrônicos num sítio perto de Porto Feliz, e receberia R\$ 3.000,00 pelo trabalho; que foi no seu carro, junto com “Luís”, e ficaram no meio de um canavial; que estranhou a demora, mas que “Luís” pediu que ele ficasse para ajudar; que começou a chover muito e “Luís” mexia numa espécie de rádio ou celular; que por volta de quatro horas da tarde, “Luis” disse que o avião tinha caído e que eles iam até lá; que chegaram no local, cerca de quatro quilômetros de onde estavam e que a camionete já estava carregada com a droga; que ficou assustado; que na sequência três dos rapazes que lá estavam entraram em seu veículo, um palio, e fugiram; que o veículo Palio era seu, e que era financiado; que ficou no local dos fatos com mais um rapaz e então resolveu pegar a camionete para ir embora; que andaram uns sete quilômetros e deram de frente com a camionete da polícia, que os dois rapazes que estavam na frente fugiram, que quando tentou sair da camionete foi atingido; que “Luis” falou que era apenas para descarregar o caminhão e colocar na camionete, que os produtos iam para SP, e que receberia R\$ 10.000,00; que recebeu um pacote de dinheiro, sendo que depois o bombeiro disse que era apenas R\$ 2.000,00; que não achou estranho receber R\$ 10.000,00 para descarregar um caminhão; que foi o último a sair da camionete, e então foi alvejado; que a camionete estava carregada com a cocaína; que quando chegou no avião a cocaína já tinham sido colocada na camionete e que estavam fazendo a cobertura da mercadoria na camionete com a lona; que não trabalha na feira da barganha, apenas ia passear por lá; que trabalhava como autônomo, como armador; que trabalhou numa obra atrás do McDonalds do Campolim, até a véspera dos fatos; que já foi processado por tráfico; que “Luis” falou que a mercadoria ia para São Paulo, que não sabia nada sobre a droga; que sobre a deterioração do patrimônio da União, disse que um rapaz pilotava a camionete em alta velocidade pelo canavial, que tinha muito

barro; que não se lembra se o piloto do avião fugiu no Palio ou na camionete; que o rapaz que dirigia a Hillux tentou “tirar” e as camionetes bateram de frente; que das pessoas que estavam no local da queda do avião só conhecia “Luis”; que na Hillux estava ao lado do motorista; que não sabe o nome do rapaz que dirigia a Hillux; que caiu próximo a porta da camionete; que eu estava na Hillux na frente e o Palio estava atrás; quando as camionetes bateram, o palio, que estava atrás, deu ré e fugiu; que quando foi socorrido, os policiais disseram que deu sorte, porque os bandidos poderiam matá-lo e deixar no meio do canavial; que já teve envolvimento com venda de droga; que Roberto Acevedo estava próximo a aeronave - prefixo PR-JHM quando cheguei; que não se lembra se Roberto saiu no palio ou na camionete, mas lembra que Roberto estava próximo ao avião.

No que tange especificamente à versão apresentada por Anderson, registre-se que o referido acusado disse que, ao chegar próximo ao avião com seu veículo Fiat Palio - placas FAL 0306, o veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551 já se encontrava carregado com o entorpecente, sendo que, na sequência, três dos homens que lá estavam fugiram com seu veículo, o Fiat Palio - placas FAL 0306. Que, então, para não ficar sozinho “no meio do mato”, saiu do local no veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551. No entanto, por ocasião da abordagem policial, o Fiat Palio - placas FAL 0306 encontrava-se atrás da camionete Toyota Hilux - placas DUS 1551.

Outra contradição, na versão apresentada por Anderson, diz respeito ao *quantum* que ele receberia para descarregar o caminhão de eletrônicos: inicialmente, ele fala que seriam R\$ 3.000,00; logo depois, fala em R\$ 10.000,00; por fim, em seu bolso foi localizada a quantia de R\$ 2.000,00, que ele diz ter recebido de quem o contratou.

Todavia, no mesmo depoimento, Anderson havia dito que, quando chegou próximo à aeronave - prefixo PR-JHM, nada fez, já que a aeronave - prefixo PR-JHM já tinha sido descarregada, já se encontrando o entorpecente acondicionado na caçamba da Toyota Hilux - placas DUS 1551. Confirmou, contudo, que recebeu um “pacote” de dinheiro onde havia a quantia de R\$ 2.000,00.

A autoria do acusado Anderson é indubitável e resta comprovada através do auto de prisão em flagrante, nas circunstâncias que mediaram a sua prisão, o qual somente chegou a ser preso, pois foi alvejado com projétil de arma de fogo, em suas nádegas, quando do confronto policial, oportunidade em que tentou fugir do veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551, o qual trazia, no interior de seu porta-malas, os fardos embalados em sacos de ráfia preto com faixas brancas, que continham as embalagens com tabletes da substância entorpecente cocaína (fls. 16 e 17 dos autos).

Em sendo assim, o conjunto probatório produzido nos autos afasta a alegação do acusado Anderson, em seu interrogatório, no sentido de que não sabia que iria auxiliar o descarregamento de substância entorpecente, pensando tratar-se de meros produtos eletrônicos.

Conclui-se, portanto, que, com relação ao acusado Anderson, constata-se que sua conduta delitiva se subsume ao núcleo do tipo descrito pelo artigo 33, da Lei 11.343/06, na modalidade transportar, trazer consigo e guardar, na medida em que esperava a substância entorpecente, que foi conduzida pelo réu Roberto no avião periciado às fls. 378/386 dos autos, auxiliando no descarregamento em Porto Feliz e acompanhando o transporte da droga até o destino, cuja identificação não se constatou nos autos.

No que tange a acusado Roberto Paredes Acevedo, sabe-se que ele vinha no carro que estava atrás da Toyota Hilux - placas DUS 1551, ou seja, o Fiat Palio - placas FAL 0306 e que empreendeu fuga, juntamente com outros dois ocupantes do referido veículo, vindo a ser capturado no dia seguinte, oportunidade em que confirmou ser o piloto da aeronave - prefixo

PR-JHM e que, da Bolívia, trouxe a droga, objeto da presente ação penal, ao Brasil.

O acusado Roberto, ratifica seu depoimento prestado junto à Polícia Federal, carreado às fls. 45/9 dos autos, e diz, em seu interrogatório judicial (fls. 437), que:

(...) que já falou na Polícia Federal e está disposto a falar a verdade; que trouxe a cocaína da Bolívia; que não conhece quem o contratou, que foi tratado por telefone; que pegou o avião em São Paulo, da cidade de Vera Cruz; que chegou no aeródromo, provou o avião com o mecânico e foi para a Bolívia; que o contato inicial foi feito no Paraguai; que de Ciudad D Est foi para Pedro Juan Caballero e lá recebeu as instruções; que receberia trinta mil dólares pelo trabalho; que uma pessoa lhe trouxe de Foz do Iguaçu até Vera Cruz, onde pegou o avião e foi para a Bolívia; que da Bolívia, pegou a mercadoria e foi para Porto Feliz, onde o avião quebrou, pois teve um problema no trem de pouso; que subiu no carro para ir embora; que na abordagem pela polícia, abriu a porta para descer, que o motorista deu ré e não conseguiu descer; que pararam o carro Palio no meio do canavial e foram embora; que ficou no meio do mato por dois dias; que não se recorda do acusado Anderson, mas acha que ele estava esperando a mercadoria, porque foi tudo muito rápido e chovia muito; que não sabe o nome da pessoa que lhe entregou o avião; que nunca respondeu processo na Justiça Brasileira; que quando foi contratado, a pessoa no telefone disse se chamar Polaco; que confirma o depoimento ofertado na Polícia Federal; que não sabe para onde seria levar a carga; que na viagem de Vera Cruz para a Bolívia foi acompanhado por outro Brasileiro, mas não sabe dizer se era o dono da droga; que não reconhece a pessoa que está na foto de fls. 62 e 63 dos autos, sabendo não ser a pessoa que o acompanhou no avião; que tem ocupação lícita no Paraguai; que foi a primeira vez que fez esse tipo de serviço; que não tinha o nome de outras pessoas envolvidas, nem a cidade em que estariam localizados; que tinha a coordenada para o pouso e é exatamente no local onde o avião desceu – cidade de Porto Feliz; que nem sabia que era para pousar em um canavial; que não ajudou a carregar o avião; é apenas um piloto e tinha ciência de que iria trazer droga para o Brasil; que o trem de pouso quebrou na hora do pouso; que na Bolívia não teve contato com ninguém, mas sabia que iria trazer droga para o Brasil, que os trinta mil reais receberia depois, que não recebeu nada, pois depois iriam ligar; estava no veículo Palio, que as outras pessoas que estavam no Palio fugiram no mato, que não conhecia Anderson.

Do exame dos depoimentos prestados por Anderson e Roberto, verifica-se que a versão de Anderson destoa da versão apresentada por Roberto, a qual vai de encontro ao depoimento dos policiais que participaram da operação, extraíndo-se, assim, que a conduta de Roberto se subsume aos núcleos do tipo constantes do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, nas modalidades “importar”, “guardar”, “trazer consigo” e “transportar” (levar, conduzir) a quantidade de 409,60 Kg de cocaína.

Com efeito, o acusado Roberto, paraguaio, afirma que foi contratado, no Paraguai, para fazer o transporte e a internação da substância entorpecente apreendida nos autos (cocaína), tendo saído da cidade de Vera Cruz, na região de Marília/SP, com destino à Bolívia e posterior retorno para a cidade de Porto Feliz, na região de Sorocaba.

A autoria do acusado Roberto Paredes Acevedo também é indubitável e resta comprovada, através do auto de prisão em flagrante, nas circunstâncias que mediaram a sua prisão, bem como em face do conjunto probatório carreado aos autos, na medida em que o réu Roberto chegou a ser preso, em local próximo ao embate policial, tendo, de pronto, afirmado ser o piloto da aeronave - prefixo PR-JHM caída no canavial, em Porto Feliz, e ter transportado a substância entorpecente (cocaína), em desacordo com determinação legal, tendo sido contratado por Polaco, no Paraguai, para transportar a droga.

O réu Roberto revela ter saído do Aeroclube da cidade de Vera Cruz (região de Marília), com destino a uma fazenda, na Bolívia, onde o avião foi carregado com a substância entorpecente, tendo retornado ao Brasil, com destino à cidade de Porto Feliz, região de Sorocaba, local aonde aterrisou a aeronave - prefixo PR-JHM, a qual apresentou problemas com o trem de pouso, inclusive.

Em sendo assim, o conjunto probatório produzido nos autos confirma a alegação do acusado Roberto, em seu interrogatório, no sentido de que foi o responsável pela internação e transporte da substância entorpecente (cocaína), em desacordo com determinação legal, ao Brasil, trazendo-a consigo e guardando-a, na forma preconizada pelo artigo 33, da Lei nº 11343/2006.

Os depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação e defesa elucidam os fatos descritos na denúncia e permitem extrair a materialidade delitiva e autoria dos acusados na suposta prática dos crimes previstos pelo artigo 33, “caput” e 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06.

A testemunha Fernando Antonio Bonhsack, Delegado de Polícia Federal que participou da operação, e que foi arrolado como testemunha, tanto pela acusação como pela defesa do corréu Roberto, às fls. 438, elucida o caso, ao dizer que:

(...) atuou no caso de apreensão de 409,60 quilos de cocaína em Porto Feliz; que na véspera recebeu um pedido informal de colegas de Ribeirão Preto a fim de disponibilizar uma equipe para auxiliar outras equipes que estariam na região diante da notícia de que haveria alguma movimentação de droga por aqueles dias; que deslocou duas equipes para apoiar, sendo que compunha uma delas; que não havia informações sobre aeronave; que o único nome que foi informado foi “Anderson”; que não se sabia se Anderson era ou não de Sorocaba; que abordaram vários veículos na zona rural da região de Porto Feliz, notadamente em estradas vicinais da região; que na parte da tarde encontraram com a equipe 1 de Ribeirão Preto, do agente Moacir, sendo que Moacir contou de um incidente quando, estando próximo de algumas casas da região, dele se aproximaram dois veículos, uma hillux e um palio; que sendo tais veículos suspeitos, já que havia a notícia de que um palio poderia estar envolvido no esquema, Moacir achou melhor deixar sua viatura guardada em Porto Feliz; que Moacir passou a integrar a equipe do depoente, assumindo a direção da viatura; que num determinado momento a viatura cruzou com os veículos que já tinham sido vistos durante o dia; que houve sinal para os veículos pararem e eles não pararam, que houve uma colisão entre as camionetes; que houve troca de tiros, sendo que uma dos indivíduos que estava na camionete foi alvejado; que esse indivíduo se identificou com Anderson dizendo que estava ali para descarregar a droga do avião; que até então nada sabiam sobre avião; que seguiram as indicações de Anderson e localizaram a aeronave avariada alguns quilômetros à frente, no meio do canal; que a Hilux estava carregada de droga; que o veículo Palio que vinha atrás fez uma manobra e fugiu; que no final da noite esse veículo foi encontrado bem perto da margem do Rio Tiête; que havia telefones dentro do veículo; que o piloto foi encontrado no dia seguinte pela guarda municipal de Porto Feliz; que o piloto, de nacionalidade Paraguaio, confessou tudo espontaneamente; que Anderson, quando foi preso, já estava fora da Hilux, no mato; que Anderson nada falou no momento do interrogatório, apenas disse no momento da apreensão que sabia que a camionete estava carregada de droga; que não viu de qual dos veículos desembarcou o acusado Roberto; que Roberto foi preso pela GM de Porto Feliz, que o encontrou próximo ao local dos fatos, que a primeira história contada por Roberto era de que tinha sido assaltado e por isso estava sem as roupas, apenas de cueca; que na Polícia Federal Roberto confessou tudo; que a informação acerca do avião foi passada por Anderson; que a aeronave estava a aproximadamente cinco quilômetros do local da colisão dos veículos; que nenhuma arma foi apreendida com Anderson, que Anderson não soube dizer se os outros, que fugiram, estavam armados.

Dos Agentes de Polícia Federal que participaram da operação, que culminou na prisão em flagrante de Anderson, foram arrolados como testemunhas de acusação e da defesa do acusado Roberto Paredes Acevedo, Moacir José de Souza, Moacir de Moura Filho, além do escrivão Marco Aurélio Maciel, sendo que todos apresentaram versões muito coerentes, narrando sob ótica cronológica precisa o desenvolvimento da operação e dos fatos. Vejamos:

A testemunha Marco Aurélio Maciel, Escrivão de Polícia Federal, às fls. 439, relata:

(...) que é escrivão de Polícia Federal, lotado na inteligência, em Sorocaba; que estava na parte de trás da viatura que bateu na hillux que trazia a droga; que foi convocado para apoiar outras equipes que diligenciariam na região de Porto Feliz e dentro dos canaviais a procura de drogas, que vários veículos e transeuntes foram abordados; que no fim da tarde cruzaram com a camionete hilux, que não obedeceu o sinal de parada, vindo os veículos a colidirem; que os policiais demoraram para conseguir sair do veículo por que os air bag's estouraram, que foi o primeiro a sair; que quando saiu da viatura já viu o pessoal que estava na Hilux correndo e atirando para trás, que começou uma troca de tiros; que ao correr atrás dos fugitivos, verificou que um deles estava baleado, mas consciente, no chão; que os outros conseguiram fugir; que Anderson já disse imediatamente que havia cocaína no veículo; que o outro veículo que vinha atrás da hilux conseguiu empreender fuga, dando marcha ré, que não sabe se as pessoas que estavam no palio efetuaram disparos; que depois de um tempo, composta a equipe, Anderson contou que a uns cinco quilômetros dali estava o avião que tinha trazido a droga; que chegaram na aeronave avariada no final da tarde; que não havia droga no avião, apenas na hillux, que a chave do porta malas da hillux não estava na camionete, tendo sido rasgada a lona para verificar a carga; que não teve contato com Roberto Paredes; que ratifica o depoimento prestado por ocasião dos autos de prisão em flagrante.

Já a testemunha Moacir José de Souza, Agente de Polícia Federal, às fls. 440, diz:

(...) que é APF, lotado em Sorocaba; que participou da diligência narrada na denúncia e estava no mesmo veículo do Delegado Bonhsack; que foi convocado a dar apoio à equipe de Brasília; que foram para a região de Porto Feliz e abordaram diversos veículos e motos a procura de drogas; que a única informação passada era o nome de Anderson, em um palio; que no momento dos fatos se depararam com uma camionete hillux, deram ordem de parada e eles não pararam, fazendo uma manobra para tentar passar pela viatura, quando houve a colisão; que teve tiroteio, e os ocupantes da hilux empreenderam fuga, que o Palio que vinha atrás fugiu, tendo sido localizado depois, na margem do rio; que não sabe quantas pessoas estavam no veículo palio, mas acredita que tinha ao menos duas pessoas, já que a princípio o passageiro fez um movimento de abrir a porta; que Anderson contou que a camionete foi carregada de droga trazida em um avião; que não participou da prisão de Roberto Paredes; que ratificou o depoimento prestado por ocasião do flagrante, apenas acrescentando que a informação que receberam no *briffting*, antes de começarem a diligência, era que haveria um palio cinza ou prata e um rapaz chamado Anderson envolvido no caso de drogas na região.

Também a testemunha Moacir de Moura Filho, Agente de Polícia Federal, às fls. 441 conta que:

(...) se encontra lotado na unidade de Ribeirão Preto, num grupo dedicado à investigação de tráfico de drogas; que participou da diligência narrada na denúncia; que no momento da prisão estava conduzindo o veículo onde estava o Delegado Bonhsack; que foi criada uma força tarefa, no sentido de aumentar o combate ao PCC e tráfico de drogas no estado de São

Paulo; que tem feito um trabalho com diversas equipes do país todo, várias descentralizadas; que no caso dos autos, receberam informações da fronteira no sentido de que várias aeronaves estavam sendo enviadas para a região de Sorocaba, havendo a informação de que o PCC estava trazendo o entorpecente para um depósito nesta região; que estavam fazendo buscas para localizar o depósito; que dentre as informações passadas, havia o nome de uma pessoa de prenome Anderson e de um veículo palio, cuja placa nos foi passada, mas não lembra o nome; que estava em patrulhamento naquela região com a agente Vanessa e avistou uma hilux e um veículo palio; que as que estavam nesses veículos abordaram o veículo em que estava, juntamente com a agente Vanessa, perguntando o que eles faziam ali; que dentre as pessoas que efetuou a abordagem, se recorda do acusado Anderson, preso posteriormente; que, tendo continuado as investigações, hoje já identificaram mais uma pessoa, de nome Marcos Vinicius Ioshio Inada, vulgo Japa, como integrante de quadrilha, sendo que hoje se lembra que Japa, naquela ocasião em que foi abordado, dirigia a camionete hillux; que disse a eles que procurava um Haras na região, seno orientado por eles a seguir em direção a Porto Feliz; que Anderson dirigia o Palio, e estava acompanhado de uma outra pessoa, com tatuagens no braço; que na hilux tinha outras duas pessoas; que notificou as outras equipes e entrou numa fazenda para despistar, tendo em vista que era seguido de longe pelos veículos; que conseguiu despistá-los; que encontrou com as outras equipes, escondeu a viatura que utilizava e passou a integrar a equipe do Delegado Bonhsack; que na estrada cruzaram com os mesmos dois veículos, que mesmo com a ordem de parada, a hillux não parou, vindo para o lado da viatura policial, que a hillux era dirigida por Japa, tendo Anderson por carona; que houve tiroteio, e todos correram para o mato, sendo que Anderson foi baleado; que estava no meio do mato quando escutou o barulho do palio dando marcha a ré, para empreender fuga; que Anderson contou sobre a droga na camionete e sobre o avião avariado; que tinha cheiro de droga na embalagem, embora não tenha visto qualquer embalagem no avião; que a aeronave não tinha todos os bancos; que não viu Roberto Paredes, tendo sido informado que ele foi encontrado posteriormente; que PCC é uma facção criminosa que domina os presídios e comanda as atividades criminosas, notadamente no Estado de São Paulo; segundo informações que temos, todo o tráfico de drogas é coordenado pelo PCC.

A testemunha Robson de Oliveira Costa, Guarda Civil Municipal de Porto Feliz, que estava na guarnição que se deparou com o acusado Roberto, no dia seguinte aos fatos narrados na denúncia, arrolado como testemunha de acusação e da defesa de Roberto, deu o seguinte depoimento:

(...) que é Guarda Civil Municipal em Porto Feliz; que participou da prisão de Roberto, sendo que ele estava em trajes íntimos; que Roberto estava num sítio, e o caseiro avisou a GCM que havia alguém por lá que falava uma língua estranha; que Roberto, a princípio, disse que tinha sido assaltado por uma prostituta; que conduzido à Delegacia, ele confirmou que era piloto do avião que tinha caído; que Roberto contou que por conta do mau tempo não conseguiu decolar a aeronave, que ficou avariada. Que ratifica o depoimento prestado na Polícia Federal.

Desse modo, feita a transcrição dos depoimentos acima, bem como em face do conjunto probatório produzido nos autos, conclui-se pela subsunção das condutas de Anderson Barros de Paula e de Roberto Paredes Acevedo ao delito constante do artigo 33, “caput” da Lei nº 11.343/06.

Ressalte-se, por fim, que os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa de Anderson não têm o condão de afastar a imputação da prática delitiva trazida à baila, já que nada sabiam acerca dos fatos descritos na peça acusatória.

1.4) DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO:

O dolo dos acusados encontra-se fartamente comprovado nos autos, cabendo destacar que os réus foram detidos, em canavial, em local próximo à aeronave - prefixo PR-JHM, com laudo pericial acostado às fls.378/386 dos autos, quando faziam o transporte dos aproximados quatrocentos quilos de substância entorpecente (cocaína), que se encontravam acondicionadas em sacos de ráfia preto no interior do porta-malas do veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551 (fls. 16/17), dando cobertura o veículo Fiat Pálio, oportunidade na qual ocorreu a interpelação policial e conseqüente confronto policial, tudo a confirmar o dolo genérico de importar, transportar, trazer consigo e guardar a droga, com “animus” de traficar.

Anote-se que a figura delitiva do artigo 33, “caput”, da Lei nº 11343/2006 se realiza tão-somente com o dolo, não exigindo fim especial de agir.

Ademais, por se tratar de crime de perigo abstrato e ação múltipla, não se admite a figura da tentativa, bastando o fato do agente trazer consigo o entorpecente para consumir-se o delito, sem exigência de qualquer resultado, como a venda, ou entrega efetiva ao consumo.

Por outro lado, a quantidade de droga apreendida, a forma de seu acondicionamento, os meios de transporte eleitos e a quantidade de pessoas envolvidas, descartam a possibilidade de porte para uso próprio e demonstram a finalidade mercantil.

Conclui-se, portanto, ser procedente o pedido formulado na peça acusatória, restando provada a autoria, a materialidade delitiva (laudo toxicológico) e o dolo dos réus.

Destaque-se que a negativa de participação dolosa no evento não tem o condão de prevalecer, na medida em que o dolo dos acusados está fartamente demonstrado nos autos, uma vez que o piloto Roberto afirma transportar e trazer consigo a substância entorpecente, ao passo que Anderson só foi detido porque foi alvejado, em suas nádegas, além de estar no veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551, cuja caçamba acondicionava a substância entorpecente apreendida, na quantia de 409 Kg, do que se extrai a finalidade comercial da droga.

Conclui-se, portanto, que a autoria, a materialidade delitiva e o dolo dos réus, tornam-se evidente pelos depoimentos prestados, e demais provas dos autos, indicando que os réus, participaram da importação, aquisição e transporte da substância entorpecente apreendida, restando devidamente comprovado, diante do conjunto probatório, a prática do crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 pelos acusados.

Presente a tipicidade do fato descrito na denúncia, cumpre analisar se o fato típico é antijurídico, ou seja, se as condutas delitivas dos acusados provocaram lesão à bem jurídico, tanto do ponto de vista formal, quanto material.

Portanto, havendo fato típico, a sua ilicitude é presumida, podendo, contudo, ser afastada se presente alguma causa de exclusão, a saber, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade e exercício regular de direito.

2) ANÁLISE DA ILICITUDE DO FATO:

a) Estado de Necessidade

Prescreve o artigo 24, “caput”, do Código Penal:

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.

No caso em tela, os fatos descritos na peça acusatória não se subsumem à hipótese legal de incidência prevista pelo artigo 24, do Código Penal.

Com efeito, eventual alegação de dificuldade na situação financeira dos acusados Anderson e Roberto não tem o condão de justificar a suposta prática delituosa sob exame, a qual expõe toda a saúde pública a perigo.

Registre-se, outrossim, que eventual crise financeira não tem o poder de legitimar, nem servir como causa para a legalização de crimes, principalmente no caso trazido à baila.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. INTERROGATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NULIDADE DO LAUDO. INOCORRÊNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU DE CULPABILIDADE. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGA. REGIME INICIAL. CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA. 1. A inobservância da ordem estabelecida pelo art. 400 do Código de Processo Penal para o interrogatório do acusado não configura nulidade na hipótese de processo relativo ao delito de tráfico de entorpecentes, pois o art. 57 da Lei nº 11.343/06 é lei especial, que, portanto, prevalece (STJ, HC nº 257073, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.03.13; HC nº 260795, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.02.13; HC nº 166.728, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.09.11). 2. A materialidade do delito de tráfico transnacional de drogas foi comprovada pelo auto de apresentação e apreensão, pelo laudo de exame preliminar e pelo laudo de perícia criminal federal, conclusivos de que se trata de cocaína a substância apreendida. 3. A realização do exame pericial em amostra regularmente recolhida a partir do material apreendido é suficiente para a análise da natureza da substância, não tendo a defesa demonstrado irregularidades ou prejuízo decorrentes da ausência de exame em todo o conteúdo do material. 4. A autoria foi provada pela prisão em flagrante do réu, pelas declarações do apelante e pela prova testemunhal. 5. Não prospera a alegação da defesa acerca da inexigibilidade de conduta diversa e aplicação do art. 24, § 2º, do Código Penal, à minguada comprovação de que o réu agiu em estado de necessidade exculpante ou justificante, à minguada comprovação cabal do preenchimento dos requisitos para o reconhecimento de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. 6. A simples afirmação de dificuldades econômicas, desacompanhada da necessária comprovação, não se afigura suficiente para a configuração de estado de necessidade, que exigiria, na hipótese dos autos, prova cabal de profunda miserabilidade do apelante, que colocaria em risco sua própria subsistência ou a de sua família. 7. O relato do réu acerca de eventual ameaça não é suficiente a demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa. De sua narrativa, extrai-se que o réu não foi ameaçado fisicamente e que seu passaporte foi devolvido em ocasião prévia à viagem. A barreira do idioma, por sua vez, não é suficientemente impeditiva a obstar a busca do auxílio das autoridades policiais brasileiras ou mesmo do Consulado Britânico. 8. Pena-base mantida acima do mínimo legal. Tal fração se ajusta à natureza e à quantidade da droga apreendida (1.705g de cocaína) e autoriza a majoração da pena, sem embargo de as demais circunstâncias serem favoráveis ao réu. 9. Mantida a redução da pena em 5 (cinco) anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III,

d, do Código Penal) e o teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. 10. A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça não viola o princípio da individualização da pena, haja vista que o preceito secundário do tipo penal prevê os parâmetros para fixação da pena-base, havendo sido respeitadas as fases de fixação da pena. 11. A internacionalidade do tráfico restou configurada, considerando o percurso desenvolvido pelo réu para o cometimento do delito. Assim, deve ser mantida o aumento da pena em 1/6 (um sexto) em razão da transnacionalidade do crime, resultando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. 12. A jurisprudência considera não haver *bis in idem* entre o *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e o inciso I do art. 40 da mesma Lei na hipótese de o agente “exportar” entorpecente, pois se trata de delito de ação múltipla (TRF da 3ª Região, ACR nº 00090947420104036119, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 12.06.12; ACR nº 00113940920104036119, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 15.05.12; ACR nº 00054696620094036119, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaféria, j. 20.03.12). 13. Não é caso de aplicação de § 4º do art. 33 da Lei nº 11.346/03, de modo a reduzir a pena do réu. 14. As circunstâncias do crime e a quantidade de viagens empreendidas pelo réu à Índia e à diversos países da África, com curtos períodos de permanência e inclusive verificando-se entrada e saída no mesmo dia (cfr. passaporte do réu, juntado à fl. 80), evidenciam que pertence a uma organização criminosa voltada à prática do tráfico internacional. Saliente-se que o réu não comprovou minimamente sua alegação de que possui empresa e desenvolve negócios de compra e venda de automóveis em Gana. O volume de viagens, por sua vez, não seria compatível com a renda anual por ele declarada, no montante de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). 15. A determinação do regime inicial nos delitos de tráfico de entorpecentes deve ser feita com base no art. 33, § 3º, c. c. o art. 59, *caput*, do Código Penal, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, segundo a qual seria obrigatório o regime inicial fechado. Mantido o regime inicial fechado de cumprimento de pena. 16. A fixação do regime de cumprimento de pena decorre logicamente da pena aplicada, bem como das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, de modo que, no caso, a pena aplicada aconselha o início do cumprimento da pena em regime fechado, cabendo ao Juízo das Execuções Penais apreciar a progressão do regime de pena. 17. Não prospera o pleito da defesa para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à míngua do preenchimento dos requisitos legais (CP, art. 44, I). 18. O direito de apelar em liberdade para os delitos da Lei nº 11.343/06 é excepcional, desafiando fundamentação própria, não havendo ilegalidade em manter a prisão do réu que nessa condição respondeu a ação penal (STF, HC nº 92612, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.03.08; HC nº 101817, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.08.10; HC nº 98428, Rel. Min. Eros Grau, j. 18.08.09). 19. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida. (ACR 00058783720124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/08/2013 FONTE_REPUBLICACAO)

3) ANÁLISE DA CULPABILIDADE:

Verifica-se, agora, a possibilidade de aplicação de pena aos acusados, sendo certo que tal juízo é feito ante a análise da culpabilidade e seus elementos, ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, é nessa fase que é realizado o juízo valorativo incidente sobre o fato típico e antijurídico perpetrado pelos acusados, devendo analisar-se se o agente é imputável, se agiu com consciência potencial da ilicitude e se poderia direcionar seu comportamento conforme o direito.

a) da Imputabilidade:

A imputabilidade refere-se à possibilidade do agente entender o caráter ilícito de seu comportamento, determinando-se consoante esse entendimento. Em princípio, todos os agentes são imputáveis, todavia, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, poderiam afastar tal qualidade do agente, quando, então, se diria estar lidando com um agente inimputável.

Todavia, esse não é o caso dos autos, haja vista que os acusados são maiores de idade, tendo restado comprovado, durante a instrução processual, suas sanidades mentais.

b) da Potencial Consciência da Ilcitude

Consiste tal elemento da culpabilidade em averiguar se o agente, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber estar agindo em desacordo com a Lei, em vista de seu meio social, tradições, costumes regionais, além de seu nível intelectual e formação cultural.

Sob esta ótica, e da análise dos documentos que instruem os autos, verifica-se que existia a possibilidade dos acusados conhecerem o caráter ilícito de suas condutas.

Assim, resta ausente qualquer causa excludente da potencial consciência da ilcitude.

c) da Exigibilidade de Conduta Diversa

Por fim, deve-se anotar que, para se considerar um agente culpado por um delito, é necessário que o crime tenha sido praticado sob condições normais, já que, em condições adversas, poderia se supor a possibilidade de não se poder exigir do agente conduta diversa daquela considerada criminosa.

Nesses termos, deve-se frisar que os acusados cometeram os delitos em condições normais, tendo por objetivo, senão principal, importante, ganhar dinheiro fácil com o tráfico de drogas.

4) DO “ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE”

Para o exame de eventual alegação do estado de necessidade exculpante como causa supra legal de exclusão de culpabilidade, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Federal José Lunardelli, nos autos da Apelação Criminal nº 0004965-89.2011.403.6119/SP:

(...) Por sua vez, 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 inexistente culpabilidade. Seus adeptos pregam que se for sacrificado um bem de valor maior ao preservado, deve ser analisado o perfil subjetivo do agente e perquirido se diante de seus atributos pessoais era possível ou não lhe exigir conduta diversa da perpetrada. Em caso negativo, exclui-se a culpabilidade com base no estado de necessidade exculpante. Se, no entanto, era de se lhe exigir outro comportamento, subsiste a punição do crime, podendo o magistrado reduzir a pena. Contudo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilcitude 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 de (...), pessoa jovem (tinha 28 anos na data dos fatos), com perspectivas de melhora em sua vida. (ACR 26478, Proc. 2006.61.19.003619-1, rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo, DJF3 CJ1 - 26.08.09, pág. 83)

Portanto, para a configuração do estado de necessidade exculpante ou justificante não de se comprovar os requisitos previstos no art. 24, *caput* e § 2º, do CP.

Entretanto, ainda que eventualmente reste comprovado, o que não ocorre no caso sob exame, não justifica conduta criminosa, nem afasta a culpabilidade, pois há outras maneiras lícitas de se prover a subsistência, que não com a prática de crimes.

Inaplicável, por conseqüência, o estado de necessidade exculpante, para fins de diminuição da pena, ou mesmo aplicação de atenuante genérica.

Conclui-se, portanto, que os fatos praticados pelos acusados são típicos, ilícitos e culpáveis e que a denúncia oferecida merece guarida.

DA TRANSNACIONALIDADE

Por outro lado, anote-se que está configurada a causa de aumento prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, uma vez que, conforme se extrai do conjunto probatório dos autos, a droga veio do exterior, já que a cocaína em pasta básica ou em pó é produto inexistente no Brasil, tendo ingressado em Território Nacional, por via aérea, muito provavelmente pelo Estado do Mato Grosso do Sul, haja vista a notícia do próprio piloto, ora corréu Roberto, de que a aeronave - prefixo PR-JHM decolou de uma fazenda na Bolívia.

Anote-se que a grande quantidade de substância entorpecente (mais de 400 quilos de pasta base de cocaína), a forma de apresentação dos tijolos de cocaína (tijolos prensados), o local (uma pequena pista de pouso, em meio à densa vegetação e canaviais) e o modo do transporte da droga, realizado através de um avião pequeno de prefixo indicam a prática do delito de tráfico internacional de entorpecente, por parte dos réus.

Dessa forma, o contexto fático leva à conclusão de se tratar de tráfico internacional, sendo o réu Roberto o responsável direto pela internação da droga no Território Nacional, sem olvidar a participação do acusado Anderson, na importação e auxílio no descarregamento e transporte, por via terrestre, do entorpecente.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL - *HABEAS CORPUS* - ARTIGOS 33, *CAPUT*, E 35, C.C ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/06, EM CONCURSO MATERIAL - TESES QUE DEMANDAM EXAME DE FATOS E PROVAS, INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA - JUSTIFICATIVA IDÔNEA E SUFICIENTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - OS FATOS IMPUTADOS AO PACIENTE FORAM SATISFATORIAMENTE DESCRITOS - ORDEM DENEGADA (...)

4. Vislumbra-se que há justificativa idônea e suficiente para a caracterização da transnacionalidade do delito, na medida em que a denúncia levou em consideração a quantidade de droga apreendida (quase 50 kg), a forma de transporte (em aeronave - prefixo PR-JHM), e o modo de acondicionamento da droga (em 45 tabletes envoltos em fita adesiva e distribuídos no interior de 02 sacos de nylon que tinham estampada a inscrição "Industria Paraguaya").

Ademais, a prisão em flagrante do paciente decorreu de informação recebida da Delegacia de Polícia Federal de Ponta Porã/MS, que noticiou que aeronave - prefixo PR-JHM vinda do Paraguai estaria carregada com grande carga de cocaína com destino a Itirapina/SP, o que foi confirmado pelas declarações prestadas pelo paciente, no momento da abordagem policial. 5. Ao perscrutar a denúncia, observa-se que os fatos criminosos imputados ao paciente foram satisfatoriamente descritos, contando com a delimitação temporal da ação, a individualização da conduta dos agentes e a descrição do vínculo associativo com o co-réu Luiz Alberto Azevedo Borges. 6. Ordem denegada.

(HC 00359503620094030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/05/2010 PÁGINA: 90 FONTE_REPUBLICACAO)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO-INCIDÊNCIA. BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NÃO-INCIDÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...] 5. A circunstância da transnacionalidade restou devidamente comprovada, pelas evidências do flagrante. Já no que concerne à quantidade do aumento, a transnacionalidade no aspecto da distância do destino da droga 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, pelo que o patamar de ¼ fixado na sentença deve ser reduzido para o mínimo previsto. 6. Apelação parcialmente provida.

(ACR 201061190006979 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 41720 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 10/03/2011 PÁGINA: 351)

Conclui-se, portanto, que os acusados Anderson Barros de Paula e Roberto Paredes Acevedo, ao importarem, trazerem consigo, guardarem, adquirirem e transportarem com vontade livre e consciente, sem autorização, substância entorpecente (409,60 quilos de cocaína) que determina dependência física e psíquica, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, praticaram a conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, combinada com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06, como acima descrito.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia oferecida, para o fim de CONDENAR os acusados ANDERSON BARROS DE PAULA, brasileiro, amasiado, armador, filho de André de Paula e Maria Aparecida Barros de Paula, portador da cédula de identidade sob RG nº 36.192.333 SSP/SP e CPF nº 348.672.118-69, domiciliado na Rua Pedro de Mesquita, 225, Vila Barão, Sorocaba/SP, atualmente preso e recolhido na Penitenciária II, de Itirapina/SP e ROBERTO PAREDES ACEVEDO, paraguaio, solteiro, piloto de avião, filho de Adolfo Damião Paredes González e Elena Gertudi Paredes, domiciliado na Avenida Marisca Lopes, 1342, Fernando de La Mora, Assunção/PY, atualmente preso e recolhidos na Penitenciária III, de Pinheiros, São Paulo/SP, como incursos nas penas dos artigos 33, “*caput*” e 40, incisos I, da Lei 11.343/2006.

Resta, agora, efetuar a dosimetria da pena.

I) ANDERSON BARROS DE PAULA:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal e artigo 42, da Lei 11.343/06:

Registre-se, inicialmente, que na primeira fase de aplicação da pena, deve o magistrado, com base no disposto pelos artigos 59 e 68 do Código Penal, formar um juízo de censura sobre o autor do delito e o crime por ele cometido, tudo em consonância com o princípio da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, além de atentar ao disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, segundo o qual o Juiz, na fixação da pena, deva observar, ainda que preponderância sobre o disposto no artigo 59, do Código Penal, a quantidade e o tipo de substância entorpecente apreendida, como passa a ser exposto:

1) Culpabilidade: A culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que o réu praticou crime de extrema gravidade, na medida em que viabilizou o transporte dos 409,60 Kg da droga cocaína, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, esperava pelo entorpecente e auxiliou no descarregamento da droga do avião para o veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551, no qual se encontrava por ocasião de sua prisão em flagrante e que a substância entorpecente (cocaína) referida, causa dependência física ou psíquica.

2) Antecedentes: Considerando que o réu não é primário, haja vista a condenação com trânsito em julgado datada de 23/01/2002, nos autos do processo nº 523/01, da 4ª Vara Criminal de Sorocaba, e que, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11343/06, na fixação da pena deve ser considerado, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente.

3) condição social: nada a considerar.

4) Personalidade: o acusado demonstrou ter personalidade voltada para o ilícito, notadamente para o tráfico ilícito de entorpecente, motivado com o escopo de angariar lucro.

5) As consequências do crime são gravíssimas, pois o réu descarregou da aeronave - prefixo PR-JHM, para o citado veículo 409,60 quilos da droga cocaína, podendo gerar danos a toda a sociedade.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base. - No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau

máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, *in casu*, 96 (noventa e seis) papéletes de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da mino-
rante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

(HC 203298/PB *HABEAS CORPUS* 2011/0080752-5 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TUR-
MA Data do Julgamento 12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013) - grifo nosso

No caso, a natureza da substância entorpecente (cocaína), a quantidade e os antecedentes do acusado autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois é inegável a maior reprovabilidade da conduta e o fato de que o réu estava disposto a chegar às últimas conse-
quências para o sucesso de sua empreitada criminosa.

Assim, considerando que o acusado ANDERSON BARROS DE PAULA transportou, trou-
xe consigo e guardou substância entorpecente, vinda da Bolívia, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; fixo-lhe a pena-base acima no mínimo legal, ou seja, em 7 (sete) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 600 (seiscentos) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – não há.

c) Circunstância atenuante – não há.

d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar a transna-
cionalidade do delito.

Assim, apesar dos esforços do denunciado em afastar a a prática do crime em si mesmo, tal não é a conclusão lógica alcançada quando examinado o conjunto probatório, diante da inquestionável materialidade do fato, e da consistente prova indiciária, somados aos seguros depoimentos das testemunhas presenciais.

Em sendo assim, conclui-se que se trata de tráfico internacional de entorpecentes, em face da grande quantidade da droga apreendida (409,60 kg de cocaína), aliado ao fato de que a cocaína não é produzida no Brasil e que o próprio piloto da aeronave - prefixo PR-JHM confirmou a origem do vôo, de uma fazenda no interior da Bolívia.

Assim, resta caracterizada a transnacionalidade do delito, nos termos do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11343/06, razão pela qual elevo a pena provisória anteriormente fixada acima, qual seja, de 07 (sete) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa, em 1/6 (sexta-parte), redundando, pois, na pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa, sendo a cada dia-multa aplicado o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40 da Lei nº 11.343/06.

6) CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA: NÃO HÁ

A causa de diminuição da pena, prevista pelo artigo 33 § 4º, da Lei nº 11343/2006 não se aplica ao caso em tela, porquanto o acusado Anderson teve atuação decisiva na empreitada criminosa, competindo-lhe as funções de transportar, trazer consigo e guardar a substância entorpecente (cocaína), vinda da Bolívia.

A quantidade de 409,60 kg de cocaína, a pureza da droga, como se verifica dos laudos de fls. 15/20 e 69/72, o transporte da droga de avião, com posterior internação, nos veículos indicados nos autos, são aspectos que provam que o réu presta serviços a uma organização estruturada financeiramente, permanente, estável e com atuação internacional, o que afasta a aplicação do disposto pelo artigo 33 § 4º, da Lei nº 11343/2006.

Nesse sentido, apreciando questão similar, vale citar o seguinte julgado: TRF – 3ª Região, ACR 00049658920114036119, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 50571 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2012.

Portanto, a pena definitiva de ANDERSON BARROS DE PAULA, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40 da Lei nº 11.343/06 fica fixada em *08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, deve ser fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente gravosos à sociedade, tal como o verificado no caso presente, tratando-se de apreensão de quantidade expressiva de cocaína, droga com potencial de causar consequências gravíssimas à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, devendo prevalecer o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação da Lei nº 11.464/2007.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de drogas, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

I) ROBERTO PAREDES ACEVEDO:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal e artigo 42, da Lei 11.343/06:

Registre-se, inicialmente, que na primeira fase de aplicação da pena, deve o magistrado, tendo por fulcro o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, formar um juízo de censura sobre o autor do delito e o crime por ele cometido, tudo em consonância com o princípio da

individualização da pena, insculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, além de atentar ao disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, segundo o qual o Juiz, na fixação da pena, deva observar, ainda que preponderância sobre o disposto no artigo 59, do Código Penal, a quantidade e o tipo de substância entorpecente apreendida, como passa a ser exposto:

1) Culpabilidade: a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que o réu praticou crime de extrema gravidade e exerceu função importantíssima na empreitada criminoso, na medida em que viabilizou o transporte dos 409,60 Kg da droga cocaína, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tendo pilotado a aeronave - prefixo PR-JHM que partiu de uma fazenda, no interior da Bolívia, vindo a pousar numa pequena pista de pouso, em meio a vasta vegetação e canaviais, no município de Porto Feliz; considerando que a substância entorpecente (cocaína) referida, causa dependência física ou psíquica.

2) Antecedentes: o réu é paraguaio e é primário, não constando dos autos indicação de que ostente maus antecedentes; é certo, no entanto, que nos termos do artigo 42, da Lei nº 11343/06, na fixação da pena, deve ser considerado, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga apreendida, além da conduta do agente.

3) Condição Social: nada a considerar.

4) Personalidade: o réu ostenta personalidade voltada para o ilícito, tanto que, com base em seu interrogatório, se extrai que a substância entorpecente foi adquirida em país estrangeiro e o réu Roberto participou ativamente na introdução da droga em território nacional, sendo o piloto que conduziu a aeronave do Brasil para Bolívia, retornando ao Brasil com a aeronave carregada com substância entorpecente (cocaína).

5) As consequências do crime são gravíssimas, pois o réu importou e transportou, na aeronave - prefixo PR-JHM, 409,60 quilos da droga cocaína, podendo gerar danos a toda a sociedade.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base. - No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, in casu, 96 (noventa e seis) papalotes de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

(HC 203298/PB HABEAS CORPUS 2011/0080752-5 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013) - grifo

nosso

No caso, a natureza da substância entorpecente (cocaína), a quantidade e os antecedentes do acusado autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois é inegável a maior reprovabilidade da conduta e o fato de que o réu estava disposto a chegar às últimas consequências para o sucesso de sua empreitada criminosa, motivado por angariar lucro.

Assim, considerando que o acusado ROBERTO PAREDES ACEVEDO importou e transportou substância entorpecente, vinda da Bolívia ao Brasil, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização legal ou regulamentar, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 9 (nove) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 700 (setecentos) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – não há.

c) Circunstância atenuante – considerando que o réu, em seu interrogatório, confessou a prática do delito previsto pelo artigo 33, da Lei nº 11.343/06, aplico-lhe a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal e reduzo-lhe a pena, em 1/6 (um sexto) para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 583 dias-multa, observando-se o disposto pela Súmula nº 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar a transnacionalidade do delito.

Assim, apesar dos esforços do denunciado em afastar a prática do crime em si mesmo, tal não é a conclusão lógica alcançada quando examinado o conjunto probatório, diante da inquestionável materialidade do fato, e da consistente prova indiciária, somados aos seguros depoimentos das testemunhas presenciais.

Em sendo assim, conclui-se que se trata de tráfico internacional de entorpecentes, em face da grande quantidade da droga apreendida (409,60 kg de cocaína), aliado ao fato de que a cocaína não é produzida no Brasil e que o acusado Roberto foi contratado no Paraguai e era o próprio piloto da aeronave - prefixo PR-JHM, tendo confirmado a origem do voo do interior do Estado de São Paulo, cidade de Vera Cruz, para uma fazenda no interior da Bolívia, com retorno ao Brasil.

Assim, resta caracterizada a transnacionalidade do delito, nos termos do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11343/06, razão pela qual elevo a pena provisória anteriormente fixada acima, qual seja, de 07 (sete) anos e 06(seis) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em 1/6 (sexta-parte), redundando, pois, na pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, sendo a cada dia-multa aplicado o valor

unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40 da Lei nº 11.343/06.

e) causa de diminuição de pena: não há

A causa de diminuição da pena, prevista pelo artigo 33 § 4º, da Lei nº 11343/2006 não se aplica ao caso em tela, porquanto o acusado Roberto Acevedo Paredes teve atuação decisiva na empreitada criminosa, competindo-lhe as funções de importar, transportar, trazer consigo e guardar a substância entorpecente (cocaína), vinda da Bolívia ao Brasil.

O réu Roberto Paredes Acevedo, por ocasião de seu interrogatório judicial, esclarece ser o piloto da aeronave caída no canavial, em Porto Feliz, e ter transportado 409,60 kg da substância entorpecente (cocaína), em desacordo com determinação legal, tendo sido contratado por Polaco, no Paraguai, para transportar a droga.

O mesmo revela ter saído do Aeroclube da cidade de Vera Cruz (região de Marília), com destino a uma fazenda, na Bolívia, onde o avião foi carregado com a substância entorpecente, tendo retornado ao Brasil, com a quantidade de 409,60 kg de cocaína, com destino à cidade de Porto Feliz, região de Sorocaba, local aonde aterrisou a aeronave, a qual apresentou problemas com o trem de pouso, inclusive.

Dessa forma, o “*iter criminis*”, bem com a quantidade de 409,60 kg de cocaína, a pureza da droga, como se verifica dos laudos de fls. 15/20 e 69/72, o transporte da droga de avião, com posterior internação, nos veículos indicados nos autos, são aspectos que provam que o réu, que pilotou a aeronave, transportando a substância entorpecente (cocaína) ao Brasil, presta serviços a uma organização estruturada financeiramente, permanente, estável e com atuação internacional, o que afasta a aplicação do disposto pelo artigo 33 §4º, da Lei nº 11343/2006.

Nesse sentido, apreciando questão similar, vale citar o seguinte julgado: TRF – 3ª Região, ACR 00049658920114036119, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 50571 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2012 .

Portanto, a pena definitiva de ROBERTO PAREDES ACEVEDO, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40 da Lei nº 11.343/06 fica fixada em *08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, deve ser fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente graves à sociedade, tal como o verificado no caso presente, tratando-se de apreensão de quantidade expressiva de cocaína, droga com potencial de causar consequências gravíssimas à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, devendo prevalecer o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação da Lei nº 11.464/2007.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de drogas, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

Outrossim, presentes os pressupostos da prisão preventiva, pois além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado é estrangeiro, não havendo qualquer garantia de que, posto em liberdade, se apresente espontaneamente após o trânsito em julgado para o cumprimento de sua pena, circunstância suficiente à manutenção da prisão cautelar, como forma de garantir a aplicação da Lei Penal.

Decreto o perdimento dos bens apreendidos nos autos, em favor da União (artigo 63, da Lei nº 11.343/06 e artigo 91, do Código Penal).

Condeno ainda os réus ao pagamento das custas processuais nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal e artigo 6º da Lei nº 9.289/96.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Comunique-se, após o trânsito em julgado da demanda, à Justiça Eleitoral o teor desta sentença, para fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Comunique-se ao Instituto de Identificação para que este proceda aos ajustes das informações relativas ao réu, em relação à ação penal objeto desta sentença.

Intime-se a União Federal acerca da prolação desta sentença, nos termos do § 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08.

Expeça-se o Mandado de Prisão Manutenção.

Oficie-se ao Ministério da Justiça para abertura de processo de expulsão do réu Roberto Paredes Acevedo, bem como oficie-se ao Consulado Geral do Paraguai, em São Paulo, com cópia desta sentença.

Lance-se o nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado.

P.R.I.C.

Sorocaba, 29 de agosto de 2013.

Juíza Federal SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO



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 IUI 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.

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 N° 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU n° 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA N° 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC n° 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA N° 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 n° 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA N° 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS n° 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA N° 13

O artigo 201, parágrafo 6°, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU n° 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA N° 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 n° 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA N° 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 n° 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA N° 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 n° 2.288/1986.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA N° 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 n° 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA N° 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 n° 357 de 09/12/91.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA N° 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 n° 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA N° 20

A regra do parágrafo 3° 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 n° 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA N° 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei n° 2.288/86.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA N° 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3° do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA N° 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 N° 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 n° 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA N° 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula n° 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- Vide PRSU n° 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA N° 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 N° 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.



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1500