REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXVIII - N. 132 - JANEIRO/MARÇO DE 2017 - ISSN 1982-1506

NESTA EDIÇÃO:

A reforma da previdência social brasileira e a necessidade de observância da segurança jurídica e da previsibilidade

Silvio César Arouck Gemaque

A importância do Juspositivismo na aplicação do Direito

Eliana Borges de Mello Marcelo

A duração razoável do processo e o dano moral advindo da demora na apreciação dos pedidos de benefícios previdenciários

Eliana Rita Maia Di Pierro

Os limites do bem-estar no Brasil

Flávio Roberto Batista

Justiça constitucional e litígio estrutural no Brasil: o exemplo dos direitos previdenciários

Marco Aurélio Serau Junior

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Nery Júnior

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXVIII	n. 132	p. 495	jan./mar. 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Nery Júnior

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Mariana de Godoy Labate / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

Diagramação, Impressão e Acabamento: Divisão de Serviços Gráficos

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

Trimestral (1990-2000, jul.2012-), bimestral (2001-jun.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 de artigos doutrinários, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun.2011) - n. 119 (out./dez. 2013).

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

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

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 10/03/2017.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA - Presidente
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA - Presidente
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN
ANA PEZARINI

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES - Presidente
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO
JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A reforma da previdência social brasileira e a necessidade de observância da segurança jurídica e da previsibilidade
Silvio César Arouck Gemaque..... 15

A importância do Juspositivismo na aplicação do Direito
Eliana Borges de Mello Marcelo 23

A duração razoável do processo e o dano moral advindo da demora na apreciação dos pedidos de benefícios previdenciários
Eliana Rita Maia Di Pierro 55

Os limites do bem-estar no Brasil
Flávio Roberto Batista..... 71

Justiça constitucional e litígio estrutural no Brasil: o exemplo dos direitos previdenciários
Marco Aurélio Serau Junior..... 91

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Responsabilidade civil da administração. ECT. Atraso na entrega. Falta de documentos. Retenção na alfândega. Equipamentos profissionais declarados como presentes. Responsabilidade da remetente. Avarias. Valor declarado. Seguro. Indenização dos danos comprovados. Dano moral. Mero dissabor. Não cabimento.
AC 0010504-44.2003.4.03.6110
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 105

Responsabilidade do Estado. Indenização por danos morais. Emissão de CPF em duplicidade. Legitimidade passiva da União Federal. Ausência de comprovação de prejuízos na esfera extrapatrimonial do autor. Reconhecimento de dano moral "in re ipsa". Impossibilidade.
AC 0004531-74.2004.4.03.6110
Juíza Federal Convocada Leila Paiva.....113

Concurso público. Estágio de adaptação à graduação para sargentos da Aeronáutica. EAGS-B. Reprovação em exame de saúde. Baixa acuidade visual. Miopia. Laudo médico em sentido diverso. Autora satisfaz os critérios de acuidade visual das instruções técnicas das inspeções de saúde na Aeronáutica.
AC 0000557-34.2006.4.03.6118
Desembargador federal Nelton dos Santos..... 120

Ação de cobrança. Prorrogação tácita de contrato administrativo. Prescrição. Inocorrência. Valores devidos pelo uso de área pública.
AC 0002938-44.2007.4.03.6000
Desembargador Federal Fábio Prieto 124

Servidor. Reajuste geral anual. Indenização por omissão. Impossibilidade.
AC 0004280-11.2012.4.03.6002
Desembargador Federal Peixoto Junior 127

Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas. Investidura em caráter originário. CNPJ. Nova inscrição. Possibilidade.
AMS 0013147-82.2015.4.03.6100
Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra..... 132

Pedido de Suspensão de Tutela. Nova decisão liminar suspendendo os trabalhos de regularização da chamada "Feira da Madrugada". Validade da concorrência assegurada judicialmente. Paralisação da obra. Prejuízo ao regular cumprimento das cláusulas e prazos relacionados ao contrato de concessão.
SLAT 0000440-78.2017.4.03.0000
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 137

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação de usucapião especial de imóvel urbano. Deserção. Prazo para complementação concedido. Parte inerte. Recurso da massa falida. CEF preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Posse usucapienda demonstrada pelo autor. Lapso legal à prescrição aquisitiva.
AC 0010622-98.2004.4.03.6105
Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 145

DIREITO PENAL

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional. Materialidade e autoria. Comprovação. Dosimetria.
ACr 0008234-03.2005.4.03.6102
Desembargador Federal André Nekatschalow 151

Crime contra o Sistema Financeiro. Gestão fraudulenta. Gerente de agência. Caixa Econômica Federal. Exercício concreto de poderes efetivos de gestão. Agente enquadrado no artigo 25 da Lei nº 7.492/1986. Autoria e materialidade. Comprovação. Dolo. Existência. Demais corréus. Participação.
ACr 0009730-53.2007.4.03.6181
Desembargador Federal José Lunardelli 157

Denunciação caluniosa. Desnecessidade de indiciamento. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Sentença absolutória reformada. Perda do cargo
ACr 0006980-05.2008.4.03.6000
Desembargadora Federal Cecilia Mello 179

Estelionato previdenciário. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Dosimetria. Redução da pena. Apelação da defesa parcialmente provida.
ACr 0002703-50.2012.4.03.6114
Desembargador Federal Maurício Kato 189

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte. Requisitos legais preenchidos. União estável. Qualidade de dependência econômica comprovada. Ex-cônjuge. Rateio. Sentença "ultra petita".
ApelReex 0000161-49.2009.4.03.9999
Desembargador Federal Luiz Stefanini 197

Benefício assistencial. Retratação. Artigo 1040, II, do Novo Código de Processo Civil. RE 567.985/MT, 580.963/PR e REsp 1.112.557/MG. Miserabilidade afastada.
AC 0044458-10.2010.4.03.9999
Desembargadora Federal Ana Pezarini 205

Aposentadoria por invalidez. Prova pericial. Interpretação "contrario sensu". Adoção das conclusões periciais. Matéria não adstrita à controvérsia meramente jurídica. Ausência de elementos que infirmem o parecer do experto. Valoração do conjunto probatório. Convicções do magistrado. Preexistência da incapacidade. Refiliação tardia.
ApelReex 0044870-04.2011.4.03.9999
Desembargador Federal Carlos Delgado 210

Aposentadoria por tempo de contribuição. Padeiro. Natureza especial das atividades laboradas parcialmente reconhecida. Exposição a calor acima dos limites legalmente admitidos. Agente físico. Possibilidade de conversão do tempo especial em comum mediante aplicação do fator previsto na legislação.
ApelReex 0047160-89.2011.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfirio 218

Revisão de benefício. Decadência. Reclamação trabalhista. Salários de contribuição. Majoração. Efeitos financeiros. Termo inicial. Forma de cálculo da RMI. Prévio requerimento administrativo. Desnecessidade. Interesse de agir. Existência. Julgamento em 2ª instância. Artigo 1.013 do Novo CPC.
AC 0005352-72.2012.4.03.6183
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 226

Desaposentação. Renúncia de benefício e concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo do tempo de contribuição posterior ao afastamento. Embargos de Declaração. Superveniente julgamento de Repercussão Geral no STF.
AC 0011344-12.2012.4.03.6119
Desembargador Federal Newton De Lucca 232

Juízo de retratação. Revisão de benefício. Aposentadoria de professor. Artigo 1.040, II, do Novo CPC. Decadência do direito à revisão do benefício. Não ocorrência. Fator previdenciário. Constitucionalidade.
AC 0006412-90.2013.4.03.6136
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 235

Aposentadoria por invalidez. Adicional de 25% ao benefício. Demonstração da necessidade de auxílio de terceiros.
AC 0001923-03.2014.4.03.6127
Desembargador Federal David Dantas 245

Aposentadoria por tempo de contribuição. Segurada especial rural. Regime de economia familiar. Descaracterizado. Aposentadoria por idade.
AC 0026087-56.2014.4.03.9999
Desembargador Federal Baptista Pereira 248

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Ação rescisória. Artigo 485, V e IX, do CPC de 1973 (art. 966, V e IX, do CPC de 2015). Erro na contagem de tempo de serviço. Erro de fato e violação de lei caracterizados. Requisitos para a concessão do benefício preenchidos no curso da ação.
AR 0018230-46.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Toru Yamamoto 256

Salário-família. Apresentação de documentos. Necessidade. Extinção sem mérito.
AC 0026236-81.2016.4.03.9999
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 274

Salário maternidade. Empregada urbana. Comprovação da qualidade de segurada à época do parto. Dispensa arbitrária. Manutenção da condição de segurada. Pagamento pelo INSS de forma direta.
AC 0034656-75.2016.4.03.9999
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 277

Auxílio-reclusão. Segurado empregado na data do encarceramento. Não ultrapassado o limite legal para o recebimento do benefício, considerada a última remuneração integral do recluso. Concessão do benefício.
ApelReex 0034913-03.2016.4.03.9999
Desembargadora Federal Marisa Santos 292

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Retratação. REsp 1.401.560/MT. Representativo de controvérsia. Devolução dos valores recebidos por força de decisão judicial de antecipação dos efeitos da tutela.
ApelReex 0046896-72.2011.4.03.9999
Desembargador Federal Paulo Domingues 299

Embargos à Execução. Pensão por morte. Concessão. Implantação administrativa. Valores pagos. Sem reflexo nos honorários advocatícios. Direito autônomo do advogado. Tese consagrada no Novo CPC.
AC 0001883-16.2013.4.03.6140
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 301

Mandado de Segurança contra ato da Vice-Presidência do TRF da 3ª Região. Inadmissibilidade de Recurso Especial. Coisa julgada material superveniente. Perda de objeto.
MS 0030311-27.2015.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 305

Ação Cautelar. Antecipação de penhora. Certidão de regularidade fiscal e CADIN. Escritura de cessão de precatório judicial. Reclamação trabalhista. Sindicato dos trabalhadores em educação de Roraima - SINTER. Ineficácia da garantia.
AC 0000172-13.2016.4.03.6126
Desembargador Federal Carlos Muta 319

Ação de Consignação em Pagamento. Protesto de CDA. Possibilidade. Aplicação da Lei nº 12.767/2012.
AI 0003720-91.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Marcelo Saraiva 323

Agravo Interno (artigo 1021 do CPC/2015) contra concessão de efeito suspensivo em Apelação do Ministério Público Federal. Indisponibilidade de bens em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Tutela de evidência.
SusApel 0010681-48.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 328

Agravo Interno. Incidente de Uniformização de Jurisprudência, atualmente denominado Incidente de Assunção de Competência. Decisão que inadmitiu o processamento do incidente: não preenchimento de requisito de admissibilidade. Inexistência de divergência entre as Turmas deste Tribunal.
IAC 0011703-44.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Hélio Nogueira 333

Agravo de Instrumento. Reintegração de posse. Invasão coletiva. Audiência de mediação.
AI 0015873-59.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Souza Ribeiro 340

Cumprimento de sentença. Redirecionamento ao sócio. Inadmissibilidade na espécie. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica não instaurado. CPC/2015.
AI 0015905-64.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Wilson Zauhy 343

Competência. Juizados Especiais Federais. Justiça Estadual. Comarca de domicílio do segurado abrangida por circunscrição de foro federal.
AC 0033076-10.2016.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 346

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Mandado de Segurança. Suspensão de atividade de advogado. Legitimidade ativa da OAB. Indícios da prática delituosa.
MS 0012482-96.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Nino Toldo 351

"Habeas Corpus". Prisão administrativa de estrangeiro para fins de expulsão. Legalidade. Audiência de custódia. Cabimento. Convenção Americana de Direitos Humanos.
HC 0018816-49.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 356

Exceção de Suspeição Criminal. Alegação de parcialidade no julgamento de Apelação Criminal. Intempestividade. Alegações de impedimento e suspeição devem ser formuladas antes da análise do mérito no julgamento do recurso. Garantia do princípio da segurança jurídica.
Suspei 0021621-72.2016.4.03.0000
Desembargador Federal Mairan Maia 363

DIREITO TRIBUTÁRIO

Imposto de renda sobre diferenças salariais percebidas acumuladamente. Incidência. Regime de competência. Tributação incidente sobre os juros de mora.
AC 0000440-22.2005.4.03.6104
Desembargador Federal André Nabarrete 369

Subfaturamento de importação. Infração à legislação aduaneira. Preço praticado no mercado internacional e certificado por órgãos oficiais de comércio exterior. Valor correspondente à realidade da transação. Anulação da perda de perdimento e inexigibilidade de multa.
AC 0003296-17.2009.4.03.6104
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....384

Imposto sobre a renda. Bem imóvel recebido por herança. Alienação. Ganho de capital. Incidência.
AC 0005442-23.2012.4.03.6105
Desembargador Federal Nery Júnior.....389

Mandado de segurança. Contribuição previdenciária substitutiva incidente sobre a receita bruta. Lei nº 12.546/2011. Pedido de exclusão dos valores referentes ao ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.
ApelReex 0002216-49.2014.4.03.6134
Desembargador Federal Valdeci dos Santos.....393

Corretoras de seguros. Inaplicabilidade do artigo 18 da Lei nº 9.718/1998. Não equiparação a instituição financeira.
AMS 0008506-36.2015.4.03.6105
Desembargadora Federal Mônica Nobre 398

SENTENÇAS

Ação Penal. Concussão. Inserção de informação falsa em documento público. Agentes da polícia federal. Realização de visitas clandestinas. Intimidação de empresário do setor de comércio de combustíveis.
0009384-40.2010.4.03.6103
Juiz Federal Tiago Bitencourt de David 409

Exceção de pré-executividade. Prescrição de créditos tributários. Inaplicabilidade do artigo 240 do Novo Código de Processo Civil. Ilegitimidade passiva. Prescrição para o redirecionamento da cobrança ao sócio. Matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos.
0004750-21.2011.4.03.6182
Juiz Federal Renato Lopes Becho 419

Embargos à Execução Fiscal. Desconstituição de ato administrativo de lançamento fiscal. Tomadora de serviços de empresas prestadoras que se encontram sob regime de tributação diferenciada: SIMPLES.
0004305-88.2013.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 429

Ação Penal. Contrabando. Mercancia de expressiva quantidade de cigarros de procedência estrangeira. Distribuição no camelódromo de Campinas. Organização criminosa de grande poder econômico e estrutura logística. Quadrilha ou bando. Lavagem de capitais. Envolvimento de agentes da segurança pública.
0002997-90.2016.4.03.6105
Juíza Federal Valdirene Ribeiro de Souza Falcão 438

Mandado de Segurança. Portaria nº 3.233/2012 do Departamento da Polícia Federal. Pleito de homologação e registro de certificado de curso de vigilante com data retroativa. Negativa sob argumento de existência de processo criminal instaurado contra o requerente em contexto de violência doméstica. Necessidade de avaliar se os registros de vida pregressa denotam incompatibilidade com os atributos do cargo de vigilante.
0006385-53.2016.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 456

Mandado de Segurança. Importação de amostras de queijos da Hungria. Produtos não armazenados adequadamente por ocasião da chegada no aeroporto. Deterioração da carga. Imposição de devolução das mercadorias à origem pelo Ministério da Agricultura. Requerimento de destruição no próprio aeroporto. Recusa do governo em receber a devolução em razão de risco de segurança alimentar. Descabimento da suspensão da habilitação de exercício de comércio exterior.
0006641-96.2016.4.03.6119
Juíza Federal Carolline Scofield Amaral 461

Inquérito Policial. Crime praticado durante a ditadura militar. Denúncia contra médicos legistas por declaração falsa em laudo de exame necroscópico com o fito de assegurar a ocultação e impunidade de crime de homicídio praticado por agentes do DOI-CODI em 1976. Lei de Anistia.
0011715-42.2016.4.03.6181
Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque 468

Ação Civil Pública. Suspensão do domínio do sítio eletrônico "Brasil Pet Shop". Ofertas de animais silvestres sem prévia autorização por órgãos de controle ambiental. Marco civil da internet. Provedor de aplicação. Responsabilidade pela oferta de produtos ilícitos.
0017292-50.2016.4.03.6100
Juíza Federal Denise Aparecida Avelar 481

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 489

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 493

Artigos Doutrinários

A reforma da previdência social brasileira e a necessidade de observância da segurança jurídica e da previsibilidade

Silvio César Arouck Gemaque
Juiz Federal Criminal em São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP.

Há mais de seiscentos anos René Descartes já dizia "*cogito, ergo sum*". Inspirado no racionalismo por ele inaugurado, nesses momentos de tanta turbulência pelo qual passa o Brasil, em que tantos argumentos, uns corretos outros puro engodo, são produzidos para justificar a reforma da Previdência Social, examinei o recente projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo governo federal, já em tramitação no Congresso Nacional.

Antes de tratar de alguns pontos do projeto, a premissa sobre a qual se baseia todo o discurso e a própria política governamental de necessidade de reforma não é tão clara, apesar dos alentados discursos, propagandas e reportagens jornalísticas divulgadas.

Não é de hoje que se escuta falar no desvio dos recursos da Previdência Social para emprego em finalidades que nada têm a ver com a mesma. Apesar de o constituinte de 1988 ter criado, a partir do artigo 194, um regime de Seguridade Social (Previdência, Assistência e Saúde), estabelecendo as hipóteses para a cobrança de contribuições dos entes produtivos para fazer frente a essas necessidades, verdade é que nunca os recursos arrecadados foram aplicados apenas na Seguridade Social. Com a desvinculação dos recursos, primeiro chancelada pelo Supremo Tribunal Federal e, depois, por Emenda Constitucional, verdade é que esse sistema de Seguridade Social é pura ficção, não existindo um orçamento específico para fazer frente a essas despesas.

E pior: quando se fala em déficit orçamentário da Previdência Social, em que são apresentados gráficos, estatísticas etc., esquece-se de que como despesas da Previdência são incluídas despesas relativas à Saúde e Assistência social, situações essas que estão fora da Previdência, eis que incluídas na Seguridade Social apenas. Recentemente, assisti a uma palestra sobre o tema, em que um expoente economista referia-se em seus dados estatísticos a despesas de "saneamento básico" como despesas da Previdência Social. Como acreditar em tais dados? Como aceitar a ideia de reforma, quando não há exatidão nem clareza nos dados apresentados?

Em tese de doutorado a professora Denise Gentil demonstrou a falácia desses dados.[1]

Se não existe segurança quanto às estatísticas, outro ponto que torna bastante discutível a necessidade de uma reforma da Previdência como a proposta pelo governo federal é o fato de que se vive hoje no país uma grave recessão, talvez a pior de sua história, em que os grupos políticos e econômicos mais protegidos na sociedade querem simplesmente transferir os gastos, literalmente passar "a conta" para os setores mais fracos da sociedade. Trata-se, na verdade, de uma guerra política e a reforma da Previdência Social é uma das batalhas, em que a elite econômica não deseja nada perder para ajudar na recuperação do país.

Importante frisar que o país adotou, a partir de 1988, um sistema solidário de Previdência Social e, assim, tem sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Poderia ter sido escolhido um sistema de capitalização, até entendo que seria uma melhor opção. No entanto, não foi esse o escolhido. Portanto, todos têm de colaborar para o sistema de Seguridade Social como um todo, incluindo Previdência, Assistência Social e Saúde.

Ocorre que são inúmeras as formas de fraude, e não pretendo neste breve estudo citar trabalhos e outros documentos, não sendo difícil verificar que boa parte dos benefícios pagos hoje no Brasil são fraudados, configurando-se a Previdência e os brasileiros como vítimas do crime do artigo 171, § 3º, do Código Penal (Estelionato).

Interessante que, apesar disso, pouco vejo na fala oficial, nem tampouco nos discursos e entrevistas dos arautos da reforma, a defesa de um combate eficaz a essas fraudes que corroem a saúde financeira de nossa Previdência Social e lotam diariamente os escaninhos da Polícia, Ministério Público e Justiça Federal.

Ademais, a sonegação fiscal é muito elevada no país, além das inúmeras formas de renúncia, remissões, perdões, parcelamentos e refinanciamentos. E o que dizer dos chamados "planejamentos tributários", cuja diferença com a fraude fiscal é bastante tênue, resultando em que, muitas vezes, pessoas físicas com alto poder econômico e passíveis de ser cobradas com valores elevados para a Seguridade Social escapam, pagando alíquotas irrisórias se comparadas com as pessoas físicas em geral, muitas tributadas em 27,5% de Imposto de Renda.

E o que dizer das chamadas sociedades filantrópicas, as quais muitas vezes não pagam nenhum imposto ou contribuição social e não devolvem nada ou muito pouco à sociedade. Há pouco tempo, fiz um curso em São Paulo e não me surpreendi ao ler um informativo de balanço fiscal da escola, afixado em local público, que indicava pagamento zero a título de contribuição social. Refiro-me ao fato porque esta instituição de ensino cobra mensalidades nada módicas para os cursos que oferece.

Recente levantamento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional revela que apenas 13 mil pessoas e empresas devem mais de

1 JASPER, FERNANDO. O déficit da previdência é uma farsa? Veja o que dizem críticos da reforma. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/odeficit-da-previdencia-e-uma-farsa-veja-o-que-dizem-criticos-da-reforma-22tywzdgiawywyapphue4kqsg>. Acesso em: 08 dez. 2016.

R$ 900 bilhões em impostos.[2]

Esses elementos demonstram a parcialidade da discussão e como talvez ela esteja direcionada para beneficiar um determinado grupo econômico, conforme disse acima.

Mas, para argumentar, vamos admitir que os dados do governo estejam corretos e que possamos confiar plenamente nas estatísticas por ele apresentadas. Mesmo assim seria possível admitir a reforma como proposta pelo governo?

Entendo que não. Indicarei os argumentos a seguir e, ao final, discorrerei sobre algumas das propostas específicas apresentadas pelo governo, analisando a pertinência.

Nesse ponto, não posso deixar de dizer de minha profunda estranheza quando ouço a propaganda oficial, paga com dinheiro que poderia servir também para economizar e ajudar na sustentação da Seguridade Social, dizer que a reforma tem como objetivo "salvar" a Previdência Social e fazer com que, no futuro, todos tenham direito a ela porque, como está, fatalmente, não haverá dinheiro para pagar a todos.

Ora, trata-se do velho e desusado argumento *ad terrorem*. Muito triste isso porque se um dia não houver dinheiro para o Estado brasileiro pagar o básico, como a Seguridade Social, por exemplo, não estou a falar de navios, aviões de guerra, nem tampouco em estádios de futebol, melhor desistir de tudo e abandonar o país.

Assim, a primeira regra que nossos governantes deveriam ter em mente, quanto à reforma da Previdência, seria aplicá-la àqueles trabalhadores que ainda não contribuem para o sistema, respeitando-se os contratos e situações jurídicas entabuladas até o momento. A economia viria em longo prazo. É interessante que os próprios proponentes da reforma dizem que, no futuro, a base de contribuintes será menor e os beneficiários em número cada vez maior, em razão do aumento gradativo da expectativa de vida da população. Ora, eles mesmos reconhecem, portanto, não ser o problema emergencial e que pode ser resolvido em longo prazo. Emergencial é a crise econômica, não o déficit da Previdência.

Carlos Roberto Siqueira Castro ensina que, ao lado do devido processo legal existe o "devido processo legal substancial", surgido no direito estadunidense e que exige por parte do Estado o respeito à segurança jurídica e à previsibilidade das relações econômico-sociais. Não pode o Estado surpreender astuciosamente o cidadão como o faz um roubador, por exemplo. Aquele deve agir de modo previsível, respeitando o direito adquirido e também não criando situações-surpresa capazes de levar o cidadão a erro ou prejuízos econômicos importantes.

Ora, se vê que referido princípio surgiu justamente no país mais capitalista do mundo, sendo que os mesmos paladinos da necessidade da reforma para atrair investimentos estrangeiros deveriam perceber o óbvio, isto é, que esses investidores sabem muito bem que aqui não se estará respeitando a segurança jurídica e a previsibilidade com uma reforma da Previdência tal como proposta.

Renato Barth Pires lembra que o princípio da segurança é muito caro ao constituinte, eis que previsto em diversos trechos da Constituição.[3] No *caput* do artigo 5º, bem como no artigo 6º, como um dos direitos sociais, como também no princípio da anterioridade em matéria tributária (art. 150, III, "b" e "c"), irretroatividade da lei tributária (art. 150, III, "a"), da irretroatividade da lei penal incriminadora (art. 5º, XXXIX e XL) e

2 RODRIGUES, Fernando. Cerca de 13 mil pessoas e empresas devem R$ 900 milhões em impostos. Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/12/06/cerca-de-13-mil-pessoas-e-empresas-devem-r-900-bilhoes-em-impostos/>. Acesso em: 08 dez. 2016.

3 PIRES, Renato Barth. Princípios constitucionais gerais e seguridade social: aplicações práticas. *Revista do TRF 3ªRegião*, ed. 126, jul./set. 2015, p. 71-97.

do princípio da anterioridade da lei eleitoral (art. 16 da CF e ADIn 3.685/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 10/08/2006).[4]

Assim, o sistema jurídico não assegura apenas a segurança pessoal, mas também a segurança jurídica, que tem por finalidade resguardar os indivíduos contra a instabilidade das relações jurídicas.[5]

Não é razoável, portanto, que aquele cidadão que já está no sistema, contribuindo para ele, ou pior, que já está submetido a uma ou a duas regras de transição, como ocorreu em 1998 e em 2003, com as últimas reformas previdenciárias implementadas durante os governos de Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, respectivamente, seja atingido por uma nova regra de transição ou, nem isso, submetido a uma nova reforma, que não garanta nenhuma regra de transição a ele, simplesmente porque ainda não atingiu 50 (cinquenta) anos de idade, critério etário injusto para fundamentar a regra de transição proposta pelo projeto de emenda atual.

Portanto, seria possível uma nova regra de transição a quem já está sujeito à outra? Seria possível retirar alguém que já está submetido a uma regra de transição e simplesmente jogá-lo literalmente no novo sistema sem nenhuma regra de transição? Evidentemente que não, muito embora seja essa a ideia do governo federal.

Passo agora à análise de alguns pontos da reforma apresentada.

A reforma tem alguns eixos centrais: primeiro, a implantação de uma idade mínima de 65 anos para obtenção da aposentadoria: segundo, a exigência de, no mínimo, 49 anos de contribuição para a obtenção do valor integral do benefício; terceiro, a equiparação de todos os regimes; quarto, regras de transição fundamentadas basicamente no critério etário (50 anos, se homem, e 45 anos, se mulher).

4 *Ibidem*, p. 89.
5 *Ibidem*.

1. A exigência de idade mínima de 65 anos, 49 anos de contribuição e outras exigências:

A nova redação que se propõe ao artigo 201 da Constituição Federal, § 7º, prevê que "é assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social àqueles que tiveram completado sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, para ambos os sexos".

O § 7º-A prevê que todos os salários de contribuição deverão ser computados para a obtenção do cálculo e o § 7º-B prevê o valor da aposentadoria correspondente a 51% (cinquenta e um por cento) da média dos salários de contribuição e das remunerações utilizadas como base para as contribuições do segurado acrescidos de 1 (um) ponto percentual para cada ano de contribuição considerado na concessão da aposentadoria, até o limite de 100% (cem por cento), respeitado o limite máximo do salário de contribuição do regime geral de previdência social.

Referidas regras implicam dizer que, além de estender o início da aposentadoria para 65 anos, ampliou-se a base de cálculo para a obtenção do salário de benefício e correspondente benefício para todo o período contributivo, resultando em uma média de todo ele e, por fim, a concessão de apenas 51% por cento, se obtida a idade, acrescido de 1% por cada ano de contribuição, o que permitirá atingir os 100% apenas com 49 anos de contribuição.

Ademais, como o cálculo do benefício fundamentar-se-á na média de todo o período contributivo, em que houve altos e baixos, inclusive período sem contribuição, jamais o trabalhador obterá o valor máximo de benefício.

Em suma, não é à toa que começam a circular pelo país, através das redes sociais, charges em que se ridiculariza o fato de que as pessoas deverão trabalhar desde tenra idade para a obtenção da aposentadoria.

2. Aumento da idade mínima independentemente de nova Emenda Constitucional:

Outra situação, esta, a meu ver inconstitucional, é aquela prevista na proposta de redação do § 15 do artigo 201, que menciona a alteração da idade mínima se houver aumento da expectativa de vida da população:

> Art. 201. (...)
> § 15. Sempre que verificado o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira aos sessenta e cinco anos, para ambos os sexos, em comparação à média apurada no ano de promulgação desta Emenda, nos termos da lei, a idade prevista no § 7º será majorada em números inteiros.

Ora, nossa Constituição Federal é uma carta rígida, isto é, que só pode ser modificada por quórum qualificado e com observância de uma série de restrições previstas no próprio texto constitucional, inclusive quanto às chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Então como conciliar esse fato com a proposta de que, assim que houver a constatação de aumento da expectativa de vida da população brasileira, não se sabendo nem por qual órgão, haverá o aumento automático da idade mínima prevista para concessão de aposentadoria.

Assim, além de todos os obstáculos acima indicados (idade mínima, tempo de contribuição, cálculo etc.), terá ainda o segurado de se sujeitar ao risco de, quando da implementação da esperada idade mínima, surgir um novo cálculo da expectativa geral de vida do brasileiro, tendo que trabalhar ainda mais.

A mim me parece evidentemente inconstitucional referida previsão, primeiro, porque não pode a Constituição Federal ficar sujeita a uma modificação elástica; segundo, dado que o cálculo da idade mínima a ser aplicada será feito por órgãos estranhos ao Poder Constituinte derivado, não havendo controle na forma do levantamento para que possa ser aceito automaticamente como norma constitucional; terceiro, quem garante a lisura quanto ao cálculo desses índices?

3. A inconstitucional subtração dos servidores públicos que já se encontram submetidos a uma regra de transição, implementada pela Emenda Constitucional de 2003, de qualquer outra regra de transição, simplesmente porque não possuem o mínimo de 50 anos, se homem, e 45 anos, se mulher, para a inclusão na nova regra de transição criada:

A proposta de Emenda traz em seu artigo 2º uma nova regra de transição ao servidor público, que só se aplica àquele que tiver ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data da promulgação da Emenda e que tenha idade igual ou superior a 50 anos, se homem, e a 45 anos, se mulher, nesta mesma data, desde que cumule as seguintes condições: 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher; 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher; 25 anos de efetivo exercício no serviço público; 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria e período adicional de contribuição equivalente a 50% do tempo

que, na data de promulgação desta Emenda, faltaria para atingir os limites previstos no inciso II deste artigo.

Referido dispositivo é flagrantemente inconstitucional, uma vez que não observa que os servidores que ingressaram até 16 de dezembro de 1998 já estão sujeitos à regra de transição prevista na Emenda Constitucional nº 41/2003, não podendo agora, sob pena de violação à segurança jurídica e ao devido processo legal substancial, conforme dito acima, ficarem subordinados a uma nova regra de transição. É certo que referidos servidores não possuem direito adquirido pois ainda não concluíram o critério etário para obtenção do benefício de aposentadoria, no entanto, *ao serem incluídos em uma regra de transição durante o período aquisitivo não pode o Estado simplesmente desrespeitar essa regra de transição que o próprio Estado criou e, pior, como acontece aqui, não submeter os menores de 50 anos de idade a nenhuma regra de transição.*

A regra de transição de que trata o mencionado artigo 2º é ainda inconstitucional por criar um critério não razoável, eis que absolutamente discricionário, desigual, desproporcional e injusto quando se utiliza do discrímen dos 50 anos idade, se homem, ou 45 anos, se mulher. *O único critério razoável seria respeitar a regra de transição já estabelecida para aqueles submetidos à Emenda de 2003, isto é, ingressantes antes de 16 de dezembro de 1998 e estabelecer uma regra de transição para os demais, mas que não se sustentasse em critério absolutamente discricionário, sem amparo na situação individualizada de cada servidor. O único critério razoável seria aquele que levasse em conta o tempo de contribuição, não a idade pura e simplesmente.*

4. A falácia de que os parlamentares foram incluídos na reforma:

Tem sido divulgado que os parlamentares também teriam sido incluídos na reforma, todavia, não é o que se verifica da simples leitura do artigo 6º da proposta de Emenda:

> Art. 6º. As alterações estabelecidas no art. 40, § 13, da Constituição, aplicam-se de imediato aos titulares de novos mandatos eletivos que forem diplomados após a promulgação desta Emenda, cabendo a leis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios dispor sobre as regras de transição para os diplomados anteriormente à data de promulgação desta Emenda.

Primeiro, entendo por coerência ao que disse acima, que os parlamentares diplomados antes da promulgação desta Emenda não poderiam ser incluídos na reforma, respeitando-se a eventual existência de regra de transição já em vigor. Todavia, a redação oferecida cria, além da inconstitucionalidade já analisada, um discrímen absolutamente injusto, que é o fato de que os parlamentares diplomados antes da promulgação da Emenda possuem o direito, não reconhecido aos demais servidores, de terem o privilégio de verem definida sua regra de transição por uma lei ordinária e posterior.

5. A indevida não inclusão dos militares e demais policiais na reforma:

Entendo que determinadas carreiras não deveriam estar submetidas a essa reforma, como os militares e os magistrados, por exemplo, estes enquadrados em regime jurídico próprio, estabelecido pela Lei Complementar nº 35/1979 (Estatuto da Magistratura), lei de iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Importante frisar que existe uma ADIn 3.308/DF, no STF, que discute a questão. Todavia, já que a reforma trata amplamente de todas as categorias, não vejo muito sentido, acompanhando a própria dicção do texto proposto, em retirar os militares e dar tratamento preferencial a parlamentares.

6. A imposição de um limite único a todos os regimes:

A proposta de alteração do § 2º do artigo 40 estabelece que "os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao limite mínimo ou superiores ao limite máximo estabelecidos para o regime geral de previdência social".

Segundo a regra de transição prevista no § 3º do artigo 2º da Emenda, aos ingressantes até 31 de dezembro de 2003, desde que submetidos às demais condições do *caput* do artigo 2º, será garantida a integralidade da remuneração do servidor de cargo efetivo (§ 3º, I) e, àqueles que ingressaram a partir de 1º de janeiro de 2004, a média aritmética simples das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor dos regimes de previdência aos quais esteve vinculado (§ 3º, II).

Segundo o artigo 3º, os servidores que têm idade inferior a 50 anos, se homem, e a 45 anos, se mulher, na data da promulgação da Emenda, e que tenham ingressado no serviço público em cargo efetivo até a mesma data, terão os proventos calculados segundo a regra geral dos § 3º e § 3º-A do artigo 40 da Constituição Federal, ou seja, 51%, seguindo 1% por cada ano a mais de contribuição até o limite máximo, sendo que este limite máximo (§ 2º do art. 40) "somente será imposto para aqueles servidores que ingressaram no serviço público posteriormente à instituição do correspondente regime de previdência complementar ou que ingressaram anteriormente e exerceram a opção de que trata o § 16 do artigo 40 da Constituição" (parágrafo único do art. 3º).

A opção foi, portanto, pela equiparação de todos os sistemas de previdência, exceção ao dos parlamentares e dos militares, submetendo-se-os ao teto.

As únicas ressalvas que faço referem-se à insegurança jurídica causada pela não observância de quem já está no sistema, contribuinte, e de regras de transição já existentes.

7. A inclusão de causas relacionadas a acidentes do trabalho na competência da justiça federal:

A nova redação oferecida ao artigo 109, I, da Constituição Federal, indicada no artigo 1º da Emenda, determina que: "Art. 109. (...) I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho". Assim, passa automaticamente à justiça federal a competência para julgar causas relativas a acidentes do trabalho, antes de competência da justiça estadual, em um momento de redução drástica de gastos resultante da aplicação da PEC do teto de gastos.

Certamente o orçamento da justiça federal não poderá atender a novas despesas sem a respectiva nova fonte de receitas. Portanto, parece-me precipitado referida alteração constitucional.

Conclusões:

Os pontos acima indicados se referem aos trechos que entendi mais importantes, seja pelo impacto direto na vida da população, seja pela inconstitucionalidade verificada em alguns deles.

Não tive o propósito de esgotar todos os dispositivos do projeto de Emenda, pois isso fugiria os objetivos do presente estudo.

A partir da contextualização histórica, política e sociológica do tema "Previdência Social", penso que a necessidade desta reforma é indiscutivelmente, bem ou mal, uma opção política do governo.

Ocorre que, a depender da maneira e dos limites em que proposta, referida reforma poderá trazer graves disparidades e injustiças aos trabalhadores em geral, conforme já se vem discutindo, por exemplo, privilegiando quem começou a trabalhar em idade mais avançada e desprestigiando quem começou a trabalhar muito cedo, e reconhecido inclusive pelo insuspeitável jornalista Merval Pereira no canal "Globonews", empresa de indiscutível afinidade com as ideias de reforma, inviabilizando, ainda, em algumas circunstâncias a própria fruição de qualquer benefício previdenciário, como no caso dos trabalhadores informais ou com vínculos esporádicos no mercado de trabalho.

Por fim, penso que nenhuma reforma pode ser realizada sem observar as regras de transição já estabelecidas por reformas passadas, como a estabelecida pela Emenda Constitucional nº41/2003.

Não haveria o menor sentido em se eternizar as regras de transição, a não ser que não se empreste o menor valor à segurança jurídica e à previsibilidade dos contratos e das situações jurídicas estabilizadas ao longo do tempo.

Por fim, um ponto esquecido pelo governo no debate do tema da reforma da Previdência é o efeito macroeconômico multiplicador dos benefícios previdenciários, principalmente nas regiões mais pobres do país. Não é possível ainda tratar a economia de um país como se fosse a de uma família:

> Por que os credores defendem, e os países endividados adotam, medidas de austeridade tão autodestrutivas? Porque cometem o engano de achar que uma economia é como uma família: se a família cortasse suas despesas, poderia pagar as contas do cartão de crédito. Mas sabemos que uma economia não é como uma família; em vez disso, o gasto de uma pessoa é a renda de outra. Assim, medidas de austeridade acabam reduzindo a renda e tornando ainda menos provável que um país possa pagar suas dívidas.[6]

6 KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier/ Campus, 2015.

Revista do TRF3 - Ano XXVIII - n. 132 - Jan./Mar. 2017

A importância do Juspositivismo na aplicação do Direito

Eliana Borges de Mello Marcelo
Juíza Federal. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Escorço histórico. 2 Breve panorama do Juspositivismo. 2.1 Direito Natural e Jusnaturalismo. 2.2 A Doutrina Contratualista. 2.3 Direito Positivo – Juspositivismo. 3 Estado Democrático de Direito, princípio informador e o exercício da jurisdição. 3.1 O que é lei e seus destinatários. 3.2 Princípio da legalidade. 3.3 Espécies normativas previstas no texto constitucional. 3.4 As lacunas da lei. 3.5 Limites de interpretação. 3.6 O poder discricionário do juiz. 3.7 O juiz modifica a lei ou a complementa. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O Poder Judiciário evoluiu no tempo, constituindo-se em um instrumento de grande poder para a defesa dos direitos fundamentais.

Inegável é a sua atuação nesse sentido, tendo o Magistrado um papel de destaque na avaliação, aplicação e transformação do direito posto, em face dos princípios e normas constitucionais, legitimando os direitos conquistados ao longo do tempo, consequência da evolução dos povos, e valorando, com um alto grau de criatividade, a realização dos direitos sociais.

Com vistas à observação atenta dessa evolução, este artigo tentará alçar o trabalho do Magistrado na aplicação do Direito, cujos poderes lhe são conferidos pela Constituição Federal, fazendo uso da sua independência criativa, cuja atuação, em alguns casos, cria direitos, muitas das vezes fundamentados no senso de "justiça natural".

Para muitos, o Poder do Juiz não vai além do que autoriza a lei e, nesse sentido, não chega a fazer Justiça. Para os que pensam dessa forma, o Direito revela-se como uma ciência exata, o que não é verdade. A interpretação, nesse contexto, tem um papel fundamental, pois caminha com a evolução

dos tempos, e essa é a mola mestra para dizer o direito, porque os interesses defendidos pelo Juiz devem estar comprometidos com os direitos fundamentais dos cidadãos, por sintetizar a atuação do Poder Jurisdicional a emanação de um dos Poderes do Estado Democrático, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo.

Não se pode falar em aplicação da lei sem saber o que ela significa, de onde provém, a quem se destina e como deve ser empregada, sendo necessária uma breve incursão aos aspectos processuais que envolvem o tema.

Nos dizeres de Mauro Cappelletti, "a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária",[1] lacunas cujo preenchimento deve encontrar suporte na Carta Maior.

Deve-se observar que a evolução antes mencionada acabou por incutir no homem uma nova mentalidade. Valendo-se de vários princípios, como o da igualdade, o homem acabou por mudar preconceitos até então cultuados, exigindo o cumprimento de direitos afirmados e reafirmados no curso da história, inclusive rebelando-se contra as ilegalidades dos governantes por meio de instrumentos processuais próprios e adequados, e é há muito considerado como o único detentor do Poder, afinal o Poder emana do Povo.[2]

Nesse ponto, o papel do Magistrado encontra destaque, na medida em que garante ao vencedor da demanda o direito disputado, mesmo contra a vontade do seu governante, porque a Constituição lhe confere ações com o cunho de coarctar eventuais abusos ou ilegalidades existentes. Não se trata de privilégio, por se embasar em princípios constitucionais estabelecidos.

Para este trabalho e considerando o foco na jurisdição federal, não nos traz importância o papel do Magistrado nas lides discutidas entre particulares, embora não menos importantes, pois o Magistrado se limita, nessa hipótese, a aplicar a lei ao caso concreto ou, quando muito, a utilizar-se da analogia ou princípios gerais de Direito, dando solução ao caso concreto, para pacificar essas lides.

As lides voltadas contra o Poder Público, objeto deste trabalho, sim, encontram fundamental interesse quando envolvem a análise e a declaração do direito posto, frente ao ordenamento que não se compatibiliza com o texto constitucional.

É o Magistrado, como órgão do Poder Judiciário, que declara em última instância os direitos invocados em face da Constituição, seja *inter partes* ou *erga omnes*, e a importância da jurisdição federal ressoa quando a legislação, feita pelos governantes, deve ser aplicada contra eles.

A análise e declaração desses direitos são atribuídas pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, consoante estrutura que lhe conferiu, cabendo ao Juiz efetuar a sua análise de forma desapaixonada,[3] cujos meandros, em breves linhas, serão analisados.

1 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 20-21.

2 Artigo 1º, parágrafo único, da CF: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

3 Nos dizeres de Luís Roberto Barroso: "A *paixão*, que é a expressão de um sentimento ou de uma emoção, sempre intensos, movida pelo inconsciente, é, quando não a *pièce de résistance*, ao menos o tempero necessário à razão científica. O domínio das paixões é muito vasto. Para além da paixão amorosa e da paixão sexual, os sentidos passam pela glória, pelo medo, pela inveja, pelo ciúme, pela cobiça, pela amizade, pela liberdade. A paixão, em si e por si, não é ética, não é politicamente correta, não é engajada. Mas é possível canalizá-la, dar-lhe um sentido valorativo e explorar-lhe as potencialidades. A paixão bem direcionada é uma energia poderosa a serviço da causa da humanidade". (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 603.)

1. Escorço histórico

Para entender o direito como norma posta para ser aplicada, devemos saber o que vem a ser Constituição e os direitos que ela confere aos seus povos. Não se pode passar ao largo da história da conquista dos direitos. Ainda que brevemente, traçaremos um retrospecto dessa conquista, com a clara ideia da evolução dos direitos, desde a Antiguidade até os dias atuais, em que o homem chegou à lua, num avanço ávido de conquistas tais como as tecnológicas, cujo progresso tende a abalar direitos universais, sendo as leis *lato sensu e stricto sensu* importantes para restringir, coibir e até indicar os direitos que devem prevalecer nessas relações.

Os registros históricos nos mostram que, desde a Antiguidade – época em que prevalecia a dominação entre os povos, retratada pela demonstração de força e poder[4] –, os homens já sentiam a necessidade de leis que os guiassem. Esse sentimento, resultado do crescimento populacional e cultural, transmitido e aumentado através das gerações[5] seguintes, determinou a necessidade de fixar limites de atuação, por meio de normativos que mantivessem a ordem, regulando o comportamento humano. Esse limite de atuação denominou-se Constituição, diz J. H. Meirelles Teixeira, citando Jellinek.[6]

Já na Idade Média, fundiam-se a política e a religião, constituindo-se a ideia de Estado[7] uma natureza até então desconhecida, concebida, desde a Antiguidade, como a representação da força do faraó, do rei e do imperador sobre os súditos.

Essa evolução revelou um novo relacionamento do indivíduo com o Estado,[8] agora

4 Paulo Bonavides, quando trata da Teoria do Estado, relata em que consistia o Estado Antigo: "numa extremidade, a força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; noutra, a onipotência consuetudinária do Direito ao fazer supremo, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrada a ética teológica da *pólis* grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a *res pública* da *civitas* romana". (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.)

5 Celso Ribeiro Bastos descreve esse crescimento brilhantemente. Diz ele: "A sociedade evoluiu da *celula mater* (família) para os grupos familiares (clãs), destes para as cidades, das cidades para os Estados, destes para a nação, e desta para as grandes comunidades internacionais, que nada mais são do que o reflexo do processo de globalização pelo qual está passando o mundo neste final de século". (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 19.)

6 "Todo o grupo permanente tem necessidade de um estatuto, em cuja conformidade se realiza e se forma a vontade do grupo, observa Jellinek. E acrescenta que a esse estatuto, que fixa os limites da esfera de ação do grupo, e regula, ao mesmo tempo, a situação de seus membros, entre si e em relação à própria comunidade, denomina-se Constituição. Assim, é necessário que cada Estado tenha sua Constituição, mesmo os submetidos a um regime de puro arbítrio, pois a ausência de Constituição seria equivalente à anarquia". (TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 79.)

7 "O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Pode-se até mesmo dizer que ele é sinal de um alto estágio de civilização. Nesse sentido, o Estado aparece num momento histórico bem preciso (século XVI). Não se nega que a Antiguidade Clássica (as cidades gregas e o Império Romano) já apresentasse sinais precursores dessa realidade. Todavia, preferem os autores localizar o seu aparecimento no início dos tempos modernos, uma vez que só então, em última análise, se reúnem, nas entidades políticas assim denominadas, todas as características próprias do Estado". (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 29.)
No mesmo sentido descreve Engels (*A origem da família, da propriedade privada e do Estado*) *apud* Jorge Miranda: "O Estado é um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irredutível contradição consigo mesma e está dividida por antagonismos irreconciliáveis. Para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes, não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, torna-se necessário um poder colocado aparentemente acima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da 'ordem': esse poder é o Estado". (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo III, p. 15.)

8 Para Santi Romano: "A palavra 'estado' deriva do latim *status*, que significa estado, posição e ordem. Em seu sentido ontológico, Estado significa um organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder. Como já foi dito anteriormente, a denominação 'Estado' nem sempre foi utilizada para expressar sociedade política, pois essa designação só foi aceita a partir dos séculos XVI e XVII. Por exemplo, na Grécia antiga, usava-se a expressão *polis*, que significa cidade, enquanto os romanos utilizavam a palavra *civitas*". (*apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria geral do Estado*

pela existência de uma ordem jurídica, acima dos embates levados a cabo, inclusive contra o próprio governante, cuja soberania,[9] dita por Paulo Bonavides, inaugurou o Estado de Direito, no século XVIII, época em que eclodiu a Revolução Industrial, inspirada na Era Iluminista e ditada pela expansão mercantilista, em franca oposição ao Absolutismo.

Havia a necessidade de subjugar o governante à autoridade da lei e, com isso, novas leis haviam de ser editadas, porquanto as existentes não satisfaziam os anseios da época. Nascia, então, a ideia de um Estado mínimo, destinado a atuar apenas na satisfação básica dos indivíduos. O Poder do Estado, até então considerado como legitimado pela ordem jurídica, devia a ela se submeter de acordo com a vontade dos governados. Era a legitimação de uma nova ordem: a sociedade se organizava fazendo das leis uma ordem para a satisfação social, tutelando os direitos dos cidadãos, e não do Estado, mas, ao contrário, para que pudessem se voltar contra ele. Passou-se, assim, a regular a relação do Estado e seus integrantes, garantidora dos direitos individuais e limitadora do arbítrio Estatal.

Instalou-se o Estado constitucional, nascido após a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa, com a separação dos Poderes, refazendo-se as instituições, sob a premissa de igualdade de todos perante a lei. Institucionalizou-se a igualdade entre os homens e a soberania do povo, ditada pelo regime representativo, conferido pela escolha dos governantes.

Estava posto, nos dizeres de Paulo Bonavides, o reconhecimento clássico do princípio da separação dos Poderes, comprometida com os direitos políticos e civis, formadores dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominado Estado Liberal.[10]

Nessa evolução, entramos no denominado Estado Neoliberal, formado pela globalização e aproximação dos povos, estando os Estados instados a pautar seus comportamentos nessa relação internacionalizada, de cooperação mútua, respeito aos problemas mundiais apresentados pelo mundo moderno, como a fome, a poluição, a repressão aos crimes organizados e ao desarmamento, inclusive o nuclear, dentre outros, regras que impõem verdadeiro ônus aos não aderentes, como o estabelecido no Pacto de Kyoto, etc. Nessa universalização de direitos ético-sociais, a vida do ser humano, conforme alerta Pietro de Jesús Lora Alarcón, citando Siches Recasens, "começou a ser tratada como a da pessoa sujeito da lei moral; o único ser que não tem preço, que não tem um valor somente relativo, senão que tem um valor em si mesmo, sua dignidade, e constitui um autofim".[11]

Diante desse panorama, cuja evolução dos tempos nos faz concluir serem inerentes à garantia e à satisfação das individualidades dos povos os ordenamentos aptos para essa concreção, denominados Constituição, pode-se afirmar que

> As Constituições positivas serão, portanto, partes vivas da Cultura total, determinações históricas e humanas que representam esse esforço de realização, nas comunidades políticas, mediante técnicas e instituições adequadas à conjuntura sócio-histórica, dos valores

e ciência política. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, p. 35.)

9 Leciona Paulo Bonavides que a autoridade do Estado encontrava razão de ser na pessoa do governante, dissolvida ao longo do tempo num lento processo, "constelação de poderes desiguais e privilegiados do sistema feudal até se transformar, em época posterior das revoluções do poder do monarca de direito divino, no soberano titular de império incontrastável, no rei absoluto, donde se irradiavam todas as competências e atribuições governativas, rei que se afigurava aos súditos a cabeça, o penhor e a efígie das leis fundamentais do reino, agora repassadas ao centro de uma governança absoluta, de que a soberania era o conceito, e o Estado o órgão, ambos em dimensão abstrata". (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.)

10 *Ibidem*, p. 31.

11 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 73.

> supremos de Ordem, Segurança, Liberdade e Justiça, que a filosofia tomista sintetiza, esplendidamente, na noção de Bem Comum.[12]

Esse conceito servirá de guia para as considerações quanto ao papel do magistrado na análise das leis que se voltam contra a Constituição, captado e inspirado em bens maiores do que a literalidade de um texto jamais conseguirá alcançar.

2. Breve panorama do Juspositivismo

2.1 Direito Natural e Jusnaturalismo

O conceito de Direito Natural será analisado sob a ótica da filosofia de Aristóteles (384-322 a.C.), cuja noção para muitos ainda permanece um enigma, pois suas investigações foram marco importante a diversas disciplinas, como a lógica, a biologia, a psicologia, a estética, a política e a ética, classificando e sistematizando essas disciplinas.

A obra *Ética a Nicômaco* (batizada com o nome de seu filho) é a que mais nos interessa, pois desenvolve uma teoria de justiça, não tratada pela sua segunda obra, denominada *Eudemo* (nome de um de seus pupilos). Voltaremos à teoria da justiça em capítulos subsequentes; neste tópico, interessa-nos a visão do Direito Natural que ele traçou.

Busquemos as lições de Michel Villey para entender o Direito Natural de Aristóteles. Segundo o conceito desse autor, "consiste numa proporção (*ison ou aequum*) das coisas divididas entre pessoas"[13] – definição que atende ao Direito Natural, tido como a primeira forma de direito, ou seja, o Direito Natural preexiste antes de qualquer formulação feita pelo homem, pois se encontra em todas as relações, não importando se essa relação é justa ou não, conforme descreve Aristóteles em seu livro V, *Ética a Nicômaco*.

Podemos afirmar que todo homem é sociável, vivendo em grupamentos sociais, dos quais decorrem relações, e são dessas relações que as normas positivam. Para os naturalistas, o Direito Natural é a causa a partir da qual se formam as normas, diversamente do pensamento dos jusnaturalistas, que acreditam possuir o Direito Natural sob a forma de "máximas escritas". Segundo Villey, "O jurista trabalha a partir de um estado de coisas existente, mas não o confunde com o Direito Natural. Sua missão continua sendo a de verificar se a proporção efetiva entre os bens de uns e de outros se afasta do justo meio-termo, que é a ordem natural".[14]

Pela obra de Aristóteles já se observa uma preocupação com a política, mas uma política voltada para o povo, colocada de acordo com as necessidades de povos distintos e com estruturas específicas. Seus questionamentos ingressavam em uma espécie de direito constitucional, como o direito das pessoas, ao casamento, à sucessão, de propriedade e de firmar contratos válidos e oponíveis, segundo os direitos concebidos naturalmente.

Aristóteles percebeu que a constituição de uma cidade depende de sua estrutura social – *Politie* –, sendo "impossível, então, separar o Direito Público do Direito Privado".[15]

12 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 77.

13 VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* - Definições e fins do direito - Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008, tomo 2, título segundo - capítulo 3, p. 358.

14 *Ibidem*, p. 361.

15 *Ibidem*, p. 363.

Podemos dizer que o Direito Natural não foi abandonado ou esquecido e vem sendo estudado no curso da história, dele extraindo-se novas visões, como a análise a partir de Santo Tomás de Aquino, citada por Villey:

> Redescoberto na Idade Média pelos glossadores, vivo sob o Antigo Regime, e obstinadamente conservado pelos juristas da *Common Law,* o método dos casos começa a ser novamente respeitado. Ele implica o pressuposto de que as fontes primeiras não são os textos, nem os princípios da Razão pura, nem as crenças comuns do grupo – mas que o direito é em primeiro lugar extraído da "natureza das coisas", ou, como dizia São Tomás acompanhando Aristóteles, de uma consideração da coisa: *consideratio rei.*[16]

Não podemos nos esquecer de que temos uma ordem natural das coisas, e essa ordem, de Direito Natural, sobrevive nos dias atuais, equilibrada em uma proporção do justo e do injusto, em relação aos bens hoje tutelados. Essa ordem natural nos permite aferir o que é certo do que é errado.

Atualmente, temos presenciado manifestações nas ruas para reivindicações das mais diferentes causas, como a iniciada por um movimento denominado Passe Livre em 2013. A partir desse protesto, vemos a adesão de novas reivindicações engrossando um movimento por todo o país, para pleitos como o do arquivamento da PEC 37 (Projeto de Emenda Constitucional que afastava o Poder do Ministério Público a participar de investigações), do combate à corrupção, melhores condições de saúde, educação e serviços públicos condizentes com os altos impostos pagos.[17]

Se voltarmos no tempo, veremos que as lutas de classes e o poder revolucionário sempre existiram, isso é o direito latente contido no íntimo do cidadão sobre esse senso de injusto. Esse sentido de justiça pode ser buscado no Direito Natural. Aristóteles já notava essa relação quando discorreu sobre esse senso do injusto.[18] Do exemplo antes citado, podemos distinguir condutas lícitas e ilícitas, dentro de um mesmo contexto. A reivindicação feita por todo o país pode-se dizer como

16 *Ibidem*, p. 369.

17 Essas reivindicações iniciaram a partir do aumento da tarifa dos transportes públicos correspondente a R$ 0,20 (vinte centavos). A população se expressa publicamente por uma insatisfação latente por melhores condições de vida. A classe média reivindica um país que observe a diminuição das diferenças sociais, sem corrupção política, por um Poder Judiciário mais efetivo, luta por um novo Brasil; luta como essa só tivemos notícias na época em que houve o *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, ocorrido na década de 90 e, no ano de 2016, que culminou com o *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff. Não se pode dizer que a reivindicação decorreu do simples aumento dessa tarifa. O que temos visto é a revolução de uma classe média descontente, sem qualquer interferência político partidária, lutando por um país mais organizado, igual e justo.

18 "Em relação à justiça e à injustiça temos de investigar com que tipo de ações precisamente elas estão envolvidas, em que sentido a justiça é a observância de um meio-termo, e quais são os extremos entre os quais aquilo que é justo é o meio-termo...*
Observamos que todo o mundo entende por justiça aquela disposição moral que torna os homens aptos a fazer coisas justas, que os faz agir justamente e desejar aquilo que é justo; e, da mesma forma, por injustiça aquela disposição que faz os homens agirem de modo injusto e desejarem aquilo que é injusto. Tomemos esta definição inicial como sendo correta em geral...
... Os termos 'justiça' e 'injustiça' são usados em vários sentidos, mas como seus usos equívocos estão intimamente relacionados, a equivocidade não é detectada...
Averigüemos, então, em quantos sentidos se diz que um homem é 'injusto'. Ora, o termo 'injusto' se aplica tanto ao homem que transgride a lei como ao homem que toma mais do que lhe é devido, o parcial. Disso fica claro que o homem obediente à lei e o homem imparcial serão justos. Por conseguinte, 'justo' significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial, e 'injusto' significa o que é ilícito e o que é não equânime ou parcial.
Por outro lado, como o homem injusto é aquele que toma a parte maior, ele será injusto com referência às coisas boas; nem todas as boas coisas, mas sim aquelas das quais dependem a boa e a má sorte. Embora estas sempre sejam boas num sentido absoluto, nem sempre são boas para uma pessoa determinada. Contudo, são os bens pelos quais os homens rezam e que eles procuram, embora não devessem fazê-lo; deviam sim ao escolher as coisas que são boas para eles rezar que aquilo que é absolutamente bom também possa ser bom para eles". (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.)

justa, revelando o poder de expressão e a vontade manifestada como justa em face dos entes políticos. Entretanto, no contexto reivindicatório, várias ocorrências dão conta de excessos produzidos por manifestantes, que destoavam da sua maioria. Citemos depredações, saques em lojas, danos ao patrimônio histórico e vandalismo. Essas condutas são ínsitas ao Direito Natural, porém moralmente ilegítimas. Assim, podemos dizer que o Direito Natural contém uma ordem natural das coisas, repelindo aquelas que não se ajustam às suas proposições.

Voltemos, assim, ao surgimento do Direito Natural como regra estabelecida. Surge a Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo, distinta da concepção clássica do Direito Natural aristotélico tomista. Para São Tomás, primeiro se dá a "lei" e depois surge o problema, enquanto, para a outra doutrina, primeiro (Direito Natural) coloca-se o "indivíduo" com o seu poder de agir, para depois pôr a "lei".

O Contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. "O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios". "A sociedade é fruto do contrato dizem uns; enquanto que outros, mais moderados, limitarão o âmbito da gênese contratual: — a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual".[19]

Assim, podemos concluir, quanto ao Direito Natural, que o Estado, em uma era primitiva, não produzia leis. As formadoras do Direito eram leis naturais que regiam o cosmos, delas se tirava a ideia de justiça, por uma espécie de convenção entre os homens (*jus gentium*), Direito Natural que parecia imutável, seriam os direitos regidos pelas leis e costumes próprios e comuns a todos os homens. Assim como os animais irracionais cujas necessidades são ditadas pela natureza, os homens, diferentemente, porém sob o mesmo princípio, como seres racionais, passaram a estabelecer o que seria bom e justo, dentro de uma universalidade, de um critério moral, como pensado por São Tomás de Aquino, cuja teoria não apresentou muitas lacunas, comparadas a outras.

São Tomás tinha uma visão total do mundo. Para ele o "Tratado da Lei Divina tem o cuidado de demonstrar que a 'Lei' do Evangelho não é jurídica e que não inclui preceitos de ordem jurídica *(iudicialia)* –, que esta lei atua em uma outra esfera".[20] Porém, essa visão do Direito como visão cristã permaneceu no pensamento dos jusnaturalistas, diferentemente do atual Direito Positivo, o qual, no curso do tempo, passou a ser considerado sob outro aspecto, excluindo o Direito Natural como Direito, o que ocorreu com a passagem da sociedade medieval à formação do Estado moderno.[21]

Para o Direito Natural, haveria um sis-

19 REALE. Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, título XI, capítulo XLI.

20 VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* - Definições e fins do direito - Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008, tomo 1, segunda seção - capítulo 1, artigo III, p. 117.

21 "A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*. A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto, não pelo Estado, mas pela sociedade civil. E, contudo, originariamente e por um longo tempo, o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada '*opinio juris ac necessitatis*'". (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.)

tema normativo justo cuja justiça se basearia em uma ordem moral absoluta. Por essa razão é que os jusnaturalistas se referem a um elemento Divino, como se a origem desse sistema tivesse como ponto central uma razão metafísica (um Deus criador), com valores absolutos e com força transcendental, que obriga a todos e universalmente válidos.

Para os jusnaturalistas, a crença reforça a existência de ordem de cunho moral e absoluto e a positivação daí decorrente. É uma premissa ontológica. Essas normas, para o Direito Natural, seriam comandos do "dever ser", ou seja, pela ordem moral, os indivíduos devem se comportar segundo esse comando vinculante, transcendente e absoluto.

Nesse contexto, ficaria difícil reconhecer a que ordem jurídica absoluta deveríamos recorrer, já que é metafísica, e como se posicionar perante ela. A essa problemática ficaríamos sem respostas, pois haveria dificuldades em reconhecer uma norma moral absoluta entre os seres humanos, o que é moral para um pode não ser para outro. A esse conflito de normas de ordem natural os teóricos procuram dar solução por meio de uma construção epistemológica. Essa premissa encontra fundamento na gnoseologia, segundo a qual os valores do Direito Natural são absolutos e devem ser conhecidos, não importa a forma.

Assim, para o Direito Natural, o plano transcendental valida a obrigação jurídica, que é a um só tempo obrigação moral e de direito, incindíveis, ou seja, a obrigação jurídica derivaria de um sistema maior tendo como premissa a obrigação moral – absoluta e transcendental.

2.2 A Doutrina Contratualista

A Doutrina Contratualista teve início com Thomas Hobbes (1588-1679), autor do clássico *Leviatã* (1651), em referência à época vivida na Inglaterra. Obra criticada e elogiada pelos pensadores políticos daquela época, livro que favorecia a monarquia inglesa pelos seus pensamentos; o autor, inclinado a tanto, talvez por ter sido tutor do príncipe de Gales, que posteriormente tornou-se Carlos II.

No "modelo" hobbesiano, a soberania é a alma do Estado – pela premissa cumpra meus mandamentos e obterá proteção. Esse modelo racional eleva a lei em primeiro plano, adquirindo um *status* independente dos "fatos" da natureza.[22]

22 "O *direito de natureza*, que em geral os autores chamam de *Jus Naturale*, *é* a liberdade que cada homem tem de usar seu próprio poder, como quiser, para a preservação de sua própria natureza, o que vale dizer, de sua própria vida; e, por conseguinte, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão concebam ser os meios mais apropriados para isso.
Por *liberdade* entende-se, de acordo com o próprio significado da palavra, a ausência de impedimentos externos; impedimentos estes que, com frequência, tiram parte do poder do homem de fazer o que faria; mas que não podem impedi-lo de usar o poder que lhe restou, de acordo com o que seu julgamento e razão lhe ditarem.
Uma *lei da natureza (Lex Naturalis)* é um preceito ou regra geral, descoberto pela razão, pelo qual um homem é proibido de fazer aquilo que pode destruir sua vida ou privá-lo dos meios de preservá-la; e de omitir aquilo que ele pensa que melhor pode preservá-la. Porque, embora aqueles que tratam desse tema costumem confundir *jus* e *lex, direito* e *lei,* eles devem ser diferenciados; porque direito consiste na liberdade de fazer ou de abster-se; ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas coisas; de modo que lei e direito se distinguem tanto como obrigação e liberdade, que são incompatíveis quando se referem a uma mesma e única matéria [...] Quando se faz um pacto em que nenhuma das partes cumpre logo em seguida, mas uma confia na outra, na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens), qualquer suspeita razoável o anula. Mas, se houver um poder comum estabelecido sobre ambos, com direito e força suficiente para obrigar seu cumprimento, ele não é nulo. Porque aquele que cumpre primeiro não tem nenhuma garantia de que o outro cumprirá depois; porque os vínculos das palavras são fracos demais para refrear a ambição, a avareza, a ira e outras paixões dos homens, se não existir o medo de algum poder coercitivo, impossível de ser suposto na condição de simples natureza, na qual todos os homens são iguais, e juízes da justeza de seus próprios temores. Portanto, aquele que cumpre primeiro não faz mais do que entregar-se a seu inimigo, contrariando o direito (que jamais pode abandonar) de defender sua vida e seus meios de vida.
Mas, num Estado civil onde existe um poder instituído para reprimir aqueles que, caso contrário, violariam sua fé, esse temor deixa de ser razoável; e, por esse motivo, aquele que pelo pacto deve cumprir primeiro está obrigado a fazê-lo...". (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106 e 107.)

Locke já expõe uma Doutrina Contratualista e metafísica do Jusnaturalismo.[23] A teoria lockiana da propriedade "põe o trabalho no centro da relação entre indivíduo e natureza (e mundo exterior)". "O mundo social e as relações de produção giram em torno do fulcro proprietário (individualista): não são resultado de um equilíbrio coletivo preexistente e previamente definido".[24]

Para Locke o Estado é separado em Poder Legislativo e Executivo, sendo o legislativo proveniente da democracia popular,[25] estando garantida a liberdade e impedindo o arbítrio de outrem (da vontade alheia), cujas leis devem ser administradas por juízes previamente constituídos e publicamente investidos de autoridade.

Enquanto para Locke o exercício do poder é o remédio, para Hobbes o poder é "totalmente" instrumental – absolutamente indisponível.

2.3 Direito Positivo - Juspositivismo

Não há na história um marco delimitador de passagem, indicando a transposição do Direito Natural para o Direito Positivo. Porém, os responsáveis por grandes alterações nesse cenário foram Comte, Schmitt e Kelsen.

O grande evento que marcou o período em que viveram esses filósofos foi a Revolução Francesa (Iluminismo), considerando que Isidore Auguste Marie François Xavier Comte (1798-1857) vivia na França na época em que eclodiu a Revolução.

As revoluções Industrial e Francesa permitiram que a filosofia de Comte obtivesse destaque, pois, acima dos embates sofridos no período, Comte defendia a ordem e o progresso.[26]

23 "Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e de suas posses, igual ao maior de todos e súdito de ninguém, por que abandona sua liberdade, esse império, e se submete ao domínio e controle de algum outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza ele tenha tal direito, ainda assim o gozo dele é muito incerto e está constantemente exposto à violação por parte de outros [...] Porém, embora, quando entrem em sociedade, os homens desistam da igualdade, da liberdade e do poder executivo que tinham no estado de natureza, pondo-os nas mãos da sociedade para que deles disponha, por meio do legislativo, conforme o exija o bem da sociedade, ainda assim, como cada um, ao fazer isso, tem apenas a intenção de melhor preservar a si mesmo, à sua liberdade e propriedade (pois não se pode supor que alguma criatura racional mude intencionalmente sua condição para pior), jamais se pode supor que o poder dessa sociedade ou do legislativo por ela constituído se estenda além do bem comum, estando, ao contrário, obrigado a assegurar a propriedade de cada um, prevenindo-se contra aquelas três insuficiências mencionadas anteriormente que faziam o estado de natureza tão inseguro e intranqüilo. Assim, quem quer que detenha o poder supremo ou legislativo de qualquer Estado está obrigado a governá-lo por meio de leis fixas estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não mediante decretos extemporâneos, por meio de juízes imparciais e probos, aos quais cabe decidir controvérsias seguindo essas leis; e a empregar a força da comunidade no país apenas na execução de tais leis, ou no exterior para impedir ou reparar injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões ou invasões. E tudo isso deve estar voltado para nenhuma outra finalidade senão a paz, a segurança e o bem público do povo". (*Ibidem*, p. 149.)

24 PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 33.

25 "Embora num Estado constituído, assentado sobre suas próprias bases e agindo de acordo com sua própria natureza — isto é, agindo para a preservação da comunidade —, só possa haver um único poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os demais estão e devem estar subordinados, mesmo assim, sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir visando a certos fins, ainda permanece nas mãos do povo o poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando julgar que age de forma contrária à confiança nele depositada. Pois, uma vez que o poder concedido em confiança para a consecução de um fim, limitado por esse próprio fim, for manifestamente negligenciado ou contrariado, a confiança deve necessariamente ser retirada e o poder devolvido às mãos daqueles que o concederam, que podem colocá-lo de novo onde julgarem melhor para sua segurança e proteção. Desse modo, a comunidade mantém perpetuamente o poder supremo de salvaguardar-se dos intentos e desígnios de qualquer pessoa, até mesmo de seus legisladores, sempre que estes forem tão tolos ou iníquos a ponto de planejar e levar a cabo desígnios contrários às liberdades e propriedades dos súditos...". (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 150-151.)

26 "No século passado, essa concepção levou à ideia de progresso, isto é, de que os seres humanos, as sociedades, as ciências, as artes e as técnicas melhoram com o passar do tempo, acumulam conhecimento e práticas, aperfeiçoando-se cada vez mais, de modo que o presente é melhor e superior, se comparado ao passado, e o futuro será melhor e superior, se comparado ao presente.
Essa visão otimista também foi desenvolvida na França

Foi nessa fase que a ideia de codificar o direito ganhou destaque, mesmo porque a França não possuía uma codificação simplificada. Pretendia-se que a codificação confusa e antiga cedesse lugar a um direito simples e unitário, fato que remetia ao direito fundado na natureza. Entretanto, o avanço e o desenvolvimento histórico, aliados ao pensamento dos iluministas, permitiram uma racionalização dos ordenamentos. Naquela época, já se preocupavam com a multiplicidade de leis, sob a ideia de que a multiplicidade de leis seria fruto da corrupção.

A codificação pretendida tinha como escopo facilitar o trabalho do Poder Judiciário consistente na verificação de um juízo de fato dos casos que lhe fossem apresentados.

Mas, para alguns doutrinadores, como Norberto Bobbio, a transposição da teoria natural para o Juspositivismo, considerando a história do direito e que este é o imposto pelo Estado, já teríamos o início dessa positivação no Direito Canônico. Porém, é no direito anglo-saxônico que ele conclui que a *Common Law* deu um passo importante para a consolidação do Estado Parlamentar, citando Thomas Hobbes (que considerou o precursor do positivismo jurídico – para situar sua doutrina de criação do Estado em face do direito comum), pois nela se postulava em face do Estado, para diferenciar o direito comum do poder do Rei, este dito por meio de seus juízes. O rei, ao exercer a *jurisdictio* (por meio de seus juízes), era obrigado a aplicar a *Common Law*, limitando o poder do soberano. Mas nesse aspecto, Bobbio faz uma concepção dual do positivismo, que seria o formalismo e o imperativismo.[27]

pelo filósofo Augusto Comte, que atribuía o progresso ao desenvolvimento das ciências positivas. Essas ciências permitiriam aos seres humanos "saber para prever, prever para prover", de modo que o desenvolvimento social se faria por aumento do conhecimento científico e do controle científico da sociedade. É de Comte a ideia de "Ordem e Progresso", que viria a fazer parte da bandeira do Brasil republicano.
No entanto, no século XX, a mesma afirmação da historicidade dos seres humanos, da razão e da sociedade levou à ideia de que a História é descontínua e não progressiva, cada sociedade tendo sua História própria em vez de ser apenas uma etapa numa História universal das civilizações.
A ideia de progresso passa a ser criticada porque serve como desculpa para legitimar colonialismos e imperialismos (os mais "adiantados" teriam o direito de dominar os mais "atrasados"). Passa a ser criticada também a ideia de progresso das ciências e das técnicas, mostrando-se que, em cada época histórica e para cada sociedade, os conhecimentos e as práticas possuem sentido e valor próprios, e que tal sentido e tal valor desaparecem numa época seguinte ou são diferentes numa outra sociedade, não havendo, portanto, transformação contínua, acumulativa e progressiva. O passado foi o passado, o presente é o presente e o futuro será o futuro". (CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 59.)

27 "Aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, tanto que pode ser considerado como o direto precursor do positivismo jurídico. Como bom jusnaturalista (como o eram todos os escritores políticos e jurídicos do século XVII), ele estuda a formação do Estado e de suas leis considerando a passagem do estado de natureza para o estado civil. No estado de natureza, segundo Hobbes, existem leis (direito natural); mas, ele se indaga, são tais leis obrigatórias? Sua resposta é digna de ser sublinhada, visto que constitui um raciocínio paradigmático para todos os juspositivistas. Segundo Hobbes, o homem é levado a respeitá-las em consciência (isto é, diante de si mesmo e, se crê em Deus, diante de Deus), mas tem ele uma obrigação diante dos outros? Diante do outro, afirma o filósofo, sou levado a respeitar as leis naturais somente se e nos limites nos quais o outro as respeita nos meus confrontos. Tomemos, por exemplo, a norma '*pacta sunt servanda*', ou aquela, mais fundamental, 'não matar': que sentido teria eu manter os pactos estipulados em relação ao outro se o outro não os mantivesse no confronto comigo? Ou que eu não matasse o outro se este desejasse matar-me? Este comportamento seria razoável, isto é, conforme à finalidade para a qual as leis foram estabelecidas? (Notemos como Hobbes coloca o problema em termos de ética utilitarista, referindo-se, assim, ao cálculo do próprio interesse.) O autor responde que tal comportamento não seria razoável, porque externamente sou obrigado a não matar o outro só se ele não me mata; portanto, se sustento que o outro quer matar-me, o que é razoável não é mais o não matá-lo, mas eu matá-lo antes que ele possa me matar (É quase nestes termos que se coloca, ou melhor, se colocava antes da recente constituição de organismos internacionais permanentes, o problema do direito internacional e da sua observância nas relações entre os Estados: o Estado agressor não diz jamais que viola o dever de não agredir; pelo contrário, que se defende prevenindo uma agressão por parte do outro Estado).
Portanto, continua Hobbes, nesse estado de natureza, no qual todos os homens são iguais e no qual cada um tem o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, não existe jamais a certeza de que a lei será respeitada por todos, e assim a própria lei perde toda eficácia. O estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra

Mas o direito, até então, mesmo sob a ótica codificada, com o selo de Napoleão, preparado na época da revolução, apenas racionalizava o direito entre os homens, desde Savigny.

Pode-se dizer que a Teoria Iluminista (Revolução Francesa) positivou ideais de razão e de Direito Natural por meio das leis, como projeção da vontade popular nos parlamentos. A codificação do direito e a sacralidade da lei limitariam tanto o Poder Judiciário quanto o poder do rei. A Constituição francesa de 1791 prescrevera a compilação de um código de leis civis comuns a todo o reino, era a lei constitucional fundamental.

A exigência codificadora ligava-se à pluralidade incontrolada de fontes e à sobreposição de direito consuetudinário – que abria, assim, espaços de discricionariedade à casta dos juízes, o que se tentava evitar.

Na convicção filosófica de fonte iluminista, a razão se explicava em critério e definições jurídicas, normas e instituições ligadas por um vínculo de coerência e de organicidade, impondo-se a povos e territórios (Código Napoleônico)[28].

Após o Iluminismo, surgiu a Escola da Exegese. Houve uma sistematização da experiência jurídica, habilitando um positivismo jurídico visto sob outro foco.

O positivismo jurídico concebido tal como pensado por Carl Schmitt (1888 - 1985) e Hans Kelsen (1881 - 1973) retratava um sistema fechado e ausente de lacunas, lacunas que para Comte não existiriam, pois deveriam ser objeto de correção no ato interpretativo, conferindo lógica ao contexto normativo.

Para Schmitt e Kelsen, essa situação não ocorreria, pois eventuais contradições ou lacunas seriam aparentes. A ordem jurídica como um todo seria perfeita, e suas significações seriam amplas e genéricas, conferindo ao intérprete uma interação entre os seus significados. No período em que ambos viveram, o Direito Positivo foi marcado pela Segunda Guerra Mundial, ocorrida de 1939 a 1945 e a partir da qual se tentou destruir

os outros, no qual — segundo a fórmula hobbesiana — existe um '*bellum omnium contra omnes*'. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano. Em tal caso, com efeito, eu posso (e devo) respeitar os pactos, não matar etc., em geral obedecer às leis naturais, porque sei que também o outro as respeitará, visto que há alguém a quem não se pode opor, cuja força é indiscutível e irresistível (o Estado), que o constrangeria a respeitá-las se não o quisesse fazer espontaneamente. Mas esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado comporta uma correspondente monopolização do poder normativo". (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 34-35.)

28 Gianluigi Palombella defendia que "O Código Napoleônico representou efetivamente o fruto de um 'pensamento' preocupado com a unidade e a universalidade do direito". Nele a equidade aparece como instrumento do magistrado, em matéria civil, "enquanto a razão natural e os princípios de direito natural, como a doutrina, as máximas jurisprudenciais, aparecem como o necessário apoio a um sistema de normas codificadas que não poderia, de modo algum, bastar-se a si mesmo". (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 109-110.)

o Estado Republicano pelo III Reich. Então, vamos vivenciar uma alteração dos conceitos clássicos do Direito Positivo.

Carl Schmitt, de origem alemã, filósofo, político e professor universitário, era um dos teóricos do nazismo, que defendia a legalidade dos atos arbitrários praticados por Hitler, por meio de normas impessoais e dotadas de validade, pois estabelecidas pelo detentor do Poder Soberano, ou seja, os atos normativos eram o instrumental jurídico, à época, capaz de obrigar a todos, pois legalmente editados. Nessa visão, inexistiria a democracia tal como a conhecemos atualmente. Kelsen, austríaco de origem judia, lançava a sua Teoria Pura do Direito, para o qual, no plano teórico, a validade de uma norma tem como fundamento uma norma hipotética fundamental, ou seja, todas as normas devem derivar dessa norma fundamental, vale dizer, são emanações dessa norma fundamental.

François Rigaux, ao discorrer sobre o III Reich, afirma que aqueles poucos anos do regime nazista alemão, dos mais hediondos da história da humanidade, abrem "para a ciência do direito e para uma reflexão sobre a deontologia dos juristas um laboratório de excepcional riqueza". Todos os recursos da ciência e da técnica (policiais, militares, médicos e até os juristas) emprestaram "sua perícia à instauração e à consolidação do regime". Talvez menos indispensável que os outros técnicos, os juristas serviram para conservar "no regime certas aparências de legalidade".[29]

Há divergências, segundo Rigaux, sobre o acesso de Hitler ao poder. "Sua designação como chanceler em 30 de janeiro de 1933 foi perfeitamente regular", aprovada tanto pelos votos dos nazistas como dos conservadores.

O incêndio do Reichstag, provocado pelos próprios nazistas, levanta o rumor de um "complô comunista e permite ao novo chanceler fazer que o Reichspräsident, o Marechal Von Hidenburg assine, em 28 de fevereiro de 1933, o decreto que confere amplos poderes ao governo do Reich", suspendendo "provisoriamente a aplicação de seis artigos da constituição",[30] ato esse considerado legal e já praticado por governos conservadores que o precederam, segundo o artigo 48, alínea 2, da Constituição de Weimar.

Entretanto, acrescenta Rigaux, a diferença dessa época em relação às anteriores se pode notar pelos descalabros em duas particularidades. Primeiramente, o poder presidencial podia, a qualquer momento, ser abrigado pelo Reichstag, por maioria simples, porém muitos representantes da oposição, um mês após a posse do Chanceler, já estavam presos ou em fuga. Por outro lado, a própria revisão da Constituição que o nomeou passou a ser desrespeitada.

Em março de 1933, "o Reichstag vota a lei de habilitação que transfere ao governo o poder de fazer leis",[31] até novas disposições constitucionais passarem a ser permitidas. As leis passaram a ser editadas por atos de governo, com poucas exceções, como as leis raciais de 1935, adotadas pelo Reichstag.

Foram muitas as violações à Constituição de Weimar, sem que as autoridades habilitadas a isso ousassem interpor recurso à Corte de Justiça do Estado (o *Staatsgerichtshof*), "as mais elementares exigências da legalidade não eram satisfeitas", apesar do "cuidado de cobrir os atos do novo poder com um véu de legalidade aparente".[32]

Os juristas nazistas desmantelaram o Estado Federal. Uma lei de 7 de abril de 1933, preparada pelos ministros competentes, Karl Popitz e o professor Carl Schmitt, prevê, no primeiro parágrafo, a nomeação de um comissário do Reich para destruir toda democracia representativa além da Prússia, sendo a autoridade competente para essa nomeação o Reichpräsidente, ainda Hindenburg nessa época. Vê-se aí a anomalia de conferir ao

29 RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107.

30 *Ibidem*, p. 108.
31 *Ibidem*, p. 109.
32 *Ibidem*, p. 109.

Chefe de Estado uma atribuição por "lei" (ou ato) do próprio Estado.

Carl Schmitt, conselheiro desde os últimos governos conservadores e jurista do nazismo até 1937, afirma que Hitler assumiu o poder dentro da legalidade. Isso seria verdade se fosse considerado apenas o decreto de 30 de janeiro de 1933 pelo Reichspräsident, e não o que se seguiu.

Sobre a legalidade ou não do acesso de Hitler ao poder, há opiniões divididas. "A posição oficial do governo sempre foi de sustentar a regularidade do processo, mas recorrendo a uma terminologia ambígua, a de 'revolução legal'".[33]

Admitem os juristas que houve uma nova ordem constitucional após uma revolução. Criou-se um novo regime, o revolucionário, sem a necessidade de se vincular à ordem jurídica anterior. Porém, esse processo deveria ser legitimado por ratificação popular (o que não ocorreu), só aí, sim, teria sido indiscutível essa suposta nova ordem constitucional.

Rigaux também discorre sobre a manutenção do Estado nazista confrontado com o positivismo jurídico, segundo a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Para ele "o III Reich era uma ordem jurídica, pois, segundo Kelsen, a ciência do direito não poderia emitir juízo de valor sobre a legitimidade de um sistema de direito efetivamente coercivo".[34]

Entretanto, há várias maneiras de verificar a conformidade da ordem jurídica com o princípio da legalidade, uma delas é quanto ao atendimento das regras do sistema positivado, para que em uma análise jurídica se tenha, segundo a teoria de Kelsen uma resposta afirmativa.[35] Ora, as decisões judiciárias se alinharam ao novo legalismo, sem nenhum questionamento sobre irregularidades na produção da norma.

"Várias questões essenciais permanecem sujeitas a controvérsia. A primeira tem por objeto a incidência da doutrina do positivismo da lei sobre a aplicação incondicional, e em geral até zelosa, do direito nacional-socialista pelos tribunais". "As mais influentes teorias alemãs do direito estavam sob influência positivista", afirmam alguns, "por mais odioso que fosse seu conteúdo".[36] Em contrapartida, há os que indicam total contradição, com os métodos positivistas, as interpretações dadas à lei, notadamente às leis raciais.

> Um controle mesmo sumário da constitucionalidade e da legalidade das fontes de direito na época do III Reich poderia ter levado a soluções diferentes das que foram escolhidas e mais em harmonia com o rigor geralmente atribuído ao positivismo.[37]

Em contraponto, Hans Kelsen, segundo a sua Teoria Pura do Direito, a ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, ganhou caráter de *ficção* jurídica, com o advento da chamada "jurisprudência dos interesses", isto é, o sistema jurídico, considerado como totalidade sem lacunas apenas *per definitionem*. Pois sua teoria, frente ao III Reich, não concebia um sistema fechado com as arbitrariedades cometidas. A partir de então o positivismo apresentou uma nova característica, chamada de "procedimento construtivo e dogma da subsunção".[38]

Para Tercio Sampaio Ferraz, "Pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzido".[39]

Por sua vez, pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, "o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo es-

33 *Ibidem*, p. 111.
34 *Ibidem*, p. 122.
35 *Ibidem*, p. 122.
36 *Ibidem*, p. 122.
37 *Ibidem*, p. 123.
38 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., 17. reimp. São Paulo: Atlas, 2010, capítulo II, itens 5 e 6, p. 34.
39 *Ibidem*, p. 34.

tabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto".[40]

Para Tércio essas duas características marcam significativamente a Ciência do Direito do século XIX.

3. Estado Democrático de Direito, princípio informador e o exercício da jurisdição

3.1 O que é lei e seus destinatários

A lei, em geral, como sinônimo de direito, na visão de Montesquieu, é

> [...] a razão humana, tanto que ela governe todos os povos da Terra, e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica essa razão humana.
> Elas, as leis, devem ser de tal forma apropriadas para o povo, para o qual são feitas, que será grande coincidência se as leis de uma Nação servirem para outra.
> Cumpre correspondam elas à natureza e ao princípio do Governo constituído, ou que se quer constituir, seja por formarem-no, como acontece com as leis políticas, seja por manterem-no, como fazem as leis civis.
> Elas devem ter relação com o elemento físico do País; com o clima gelado, ardente ou temperado; com a qualidade do terreno, a sua situação, sua extensão; com o gênero de vida dos povos – agricultores, caçadores, ou pastores.
> Elas hão de relacionar-se com o grau de liberdade tolerado pela constituição; com a Religião dos habitantes, com suas inclinações, sua riqueza, seu número, seu comércio, seus usos, suas maneiras.
> Enfim, elas guardam relação entre si, e com a sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quais são estabelecidas.
> É sob esses aspectos que precisa considerá-las.[41]

Essa razão humana, observadas as peculiaridades de cada povo, estabelecendo o comportamento exigido, ou seja, a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deveria, a princípio, vir prescrita em lei. Para nós, trata-se de princípio constitucional pelo qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei",[42,43] e se destina, de acordo com o preâmbulo da Carta Maior,

> [...] a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.[44]

40 *Ibidem*, p. 34.

41 MONTESQUIEU. *O espírito das leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83-84.

42 Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

43 Esse princípio da legalidade se espraia por todo o Texto Constitucional definindo a criação de direitos e deveres, sob vários aspectos e campos do direito material, como o do direito tributário, o do direito penal, sob o Administrativo, conferindo dever à Administração de cumprir as leis e nos seus estritos termos. Princípio que tem como fim último legitimar as relações existentes.

44 O preâmbulo de nossa Constituição foi objeto de muita polêmica e faz sentir o contexto histórico em que editado, não é lei, mas parte de uma premissa principiológica informadora de todo o texto constitucional. Jorge Miranda sobre o tema assim se manifesta: "Um preâmbulo ou proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante anteposta ao articulado não é componente necessário de qualquer Constituição; é tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social. O seu caráter depende dessas circunstâncias e dessas intenções, bem como da ideologia a que apela o legislador constituinte. E também a sua forma e extensão aparecem extremamente variáveis; desde as sínteses lapidares de estilo literário aos longos arrazoados à laia de relatórios preliminares ou exposição motivos; desde a invocação do nome de Deus ou do título de legitimidade do poder constituinte ao conspecto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosóficos-políticos à prescrição de determinados objectivos programáticos". (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998,

Conforme defendido e definido por Celso Ribeiro Bastos:

> Este princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico.
> A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. De outro, o princípio da legalidade garante ao particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre o poder do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o legislativo, obrigar os particulares.
> Os demais poderes exercem as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o Legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações *ex nunc*, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade.[45]

Celso Ribeiro Bastos diferencia ainda, naquele trabalho, a legitimidade da legalidade, de forma simples, conferindo à legitimidade um conceito político-jurídico ou ideológico, enquanto, para a legalidade, um conceito técnico-jurídico, e sobre este conceito técnico-jurídico é que vamos nos ater, pois é nela, a "lei",[46] em sentido formal estrito, como ordem emanada do Poder competente, determinando condutas gerais e abstratas e imposta a todos, é que vamos enfocar o papel do Magistrado por ocasião de sua análise.

A lei, como regra de conduta, rege as relações jurídicas e deve estar inserida num contexto. Se ela obriga, devemos buscar o seu alcance e destinatários. A quem obriga?[47,48].

tomo III, p. 261.)

45 BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93-94.

46 Maria Helena Diniz, ao traçar algumas acepções do vocábulo *lei*, promove uma divisão didática do instituto, partindo de uma visão ampla à estrita, nos seguintes termos: "a) *Amplíssima,* em que o termo *lei* é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras. Hipótese em que, segundo Vicente Rao, a palavra lei possui o sentido compreensivo de toda a norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta pelo poder do Estado, como são as normas legislativas, as consuetudinárias e as demais, ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador. b) *Ampla,* sendo o vocábulo *lei* entendido como oriundo do verbo *legere* (ler), concebendo-se, portanto, que a lei é, etimologicamente, aquilo que se lê. Tal etimologia se explica porque, na época da República romana, enquanto o costume não era escrito (*jus non scriptum*), conservando-se na memória dos homens, a lei estava escrita (*jus scriptum*), gravada em taboas de mármore, de bronze, etc., que se fixavam em locais públicos. Por exemplo, no *tabularium* do Capitólio, em Roma, para que o povo a lesse e, conhecendo-a, a cumprisse. Em sentido amplo, designa todas as normas jurídicas escritas, sejam as leis propriamente ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos, os regulamentos, ou outras normas baixadas pelo Poder Executivo. Assim sendo, a legislação, nas palavras de François Gény, compreende todos os atos de autoridade cuja submissão consiste em ditas normas gerais, sob forma de injunções obrigatórias, como são as leis propriamente ditas, os decretos, os regulamentos etc. c) *Estrita ou técnica*, em que a palavra *lei* indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado". (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43-44.)

47 Maria Garcia abordando a questão, quanto à legitimidade da regra, sob os aspectos da liberdade do cidadão, como uma das causas de uma possível desobediência civil, questiona sob o traço da Deontologia jurídica: "Quais as razões pelas quais nós, que nos temos em conta de seres livres, somos obrigados a nos subordinar a leis que não foram postas por nossa inteligência e por nossa vontade? É lícito contrariar leis injustas? Qual problema que se põe para o juiz ou para o estadista, quando uma lei positiva se revela, de maneira impressionante, contrária aos ditames do justo? Qual o fundamento do Direito na sua universalidade? Repousa ele apenas no fundamento empírico da força? Reduz-se o Direito ao valor utilitário do êxito? Brotará a estrutura jurídica, inexoravelmente, dos processos técnicos de produção, ou representa algo capaz de se contrapor, muitas vezes, às exigências cegas da técnica", para concluir de forma simples e perfeita que: "a razão da obediência e da obrigatoriedade das normas de Direito envolve a legitimidade das leis – antes, até, envolve a *ideia* de lei – a que e por que sinto-me obrigado pela lei". (GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 88-89.)

48 Ainda em relação ao dever de obediência e aceitação de preceitos legais, não podemos olvidar que ela só é aceita quando se conformar com princípios éticos e morais daquele meio social. Para Hans Kelsen, "Uma resposta fre-

Pois poderá obrigar a uns e não a outros, como no caso das relações internacionais.

> A força obrigatória da lei tem fundamento ético e político. Nasce da presunção de que o legislativo, como representante do povo, elabora as normas mais adequadas (justas) em benefício da integralidade desse povo. A lei, na república, não obriga porque provém da autoridade, mas porque a autoridade provém da lei.[49]

Maria Helena Diniz define lei como:

> 2. Norma jurídica, escrita ou costumeira. Em sentido amplíssimo, a lei é toda norma geral de conduta, que disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta pelo poder estatal, como, por exemplo, a norma legislativa, a consuetudinária e as demais, ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador. 3. Em sentido amplo, abrange a norma jurídica escrita, seja a lei propriamente dita, decorrente do Poder Legislativo, seja o decreto, o regulamento ou outra norma baixada pelo Poder Executivo. Compreende todo ato de autoridade competente para editar norma geral, sob forma de injunção obrigatória, como: a lei constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução do Senado, o decreto regulamentar, a instrução ministerial, a circular, a portaria e a ordem de serviço. 4. Em sentido estrito ou técnico, é apenas a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado.[50]

Assim, desde que o ato provenha do poder competente e esteja de acordo com o processo e procedimento previstos pela Constituição, ou autorizado por ela, como ato complexo que é, sendo informado pelos aspectos da abstração e generalidade, será lei.

3.2 Princípio da legalidade

A força vinculante dos princípios contidos na Constituição é incontestável. Dentre eles, o da legalidade merece destaque, por decorrer da noção de um sistema perfeitamente organizado, ou seja, funda-se por meio de leis.

Os princípios, dentro de um sistema constitucional, objetivam o todo e vinculam de maneira lógica não só o entendimento, como a aplicação das normas que se entrelaçam e se conectam num conjunto jurídico harmônico.

Os princípios, positivados ou não, encarregam-se de dar estrutura e coesão ao ordenamento, dos quais os constitucionais se destacam como os mais importantes. Sendo o princípio fundamento do conjunto de regras da Nação, posiciona-se como informador de todo o ordenamento, permitindo ao juiz, quando diante da interpretação de alguma norma, ante o conflito posto, o balanceamento de valores e interesses para dirimir a questão.

Nesse aspecto, os princípios, como fontes do Direito, são guias seguros das atividades interpretativas.

Dada a origem popular do poder, proclamada no parágrafo único artigo 1º da Constituição: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição",

qüentemente aceita é que os homens devem obedecer ao Direito positivo porque e na medida em que ele se conforma aos princípios da moral. Os princípios morais que se referem às atividades humanas criadoras de Direito constituem o ideal de justiça; segundo este ponto de vista, então, o motivo para a validade do Direito é a sua justiça. A questão de como esses princípios morais devem ser determinados, a resposta típica é que eles são, por assim dizer, imanentes à natureza; explorando a natureza podemos encontrar esses princípios, que formam o Direito natural; eles são superiores ao Direito positivo, feito pelo homem". (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 252.)

49 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15.

50 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 82-83.

o sistema, a partir dele, vai se formando com o direito ao sufrágio, com a liberdade de filiação e partidarização política, dentre outros, implementando uma democracia representativa, por tempo determinado, pela transferência do poder do povo aos representantes que elege, os quais se incumbirão de, em nome do povo, concretizar as leis que o regerão.

Dentro do sistema implementado pela Constituição Federal de 1988, dita em voz corrente como "Constituição Cidadã", legitimada por um procedimento democrático de eleição popular para a convocação de uma Assembleia Constituinte, através do qual o povo, verdadeiro titular do poder, delegou esse exercício, pode-se afirmar que o princípio da legalidade resulta na outorga popular, aos seus representantes, de efetivação de um Estado de Direito.

Nessa ordem de ideias, deve-se apontar o artigo 5º da Constituição Federal como a razão de ser da estrutura do Estado, amparando os princípios e direitos fundamentais.

Diante dele é que se vislumbra a separação de Poderes, fulcro de um Estado de Direito, pois é o informador dos demais institutos e princípios, focalizando o cidadão como o destinatário das leis, tendo a Constituição o papel de nortear os Poderes da República, o modo pelo qual prescreverá como adquirir e exercitar esses direitos.

O princípio da legalidade, tal como preceitua o inciso II do artigo 5º da Constituição, pelo qual, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei", traduz-se, na visão de André Ramos Tavares, como

> [...] a presença de um Estado de Direito, pois, retirando o arbítrio do Estado, exige-se que sua conduta esteja amoldada à lei, como expressão da vontade geral. Ainda mais que "O princípio da legalidade" funda-se no princípio da legitimidade, segundo o qual as leis hão de guardar correspondência com os anseios populares, consubstanciados no espírito constitucional.
> Pelo princípio da legitimidade exige-se que a lei seja formal apenas no sentido de que emane, em sua formação, dos órgãos representativos. Ademais, tomou-se consciência de que não se pode ignorar seu conteúdo, que também há de corresponder aos valores consubstanciados no ordenamento jurídico. Abandona-se, pois, como se vê, a noção puramente formal de lei, para ir mais longe e exigir que a lei corresponda, em seus mandamentos, à ideia de justiça encampada pela ordem constitucional, com o respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade etc.
> Ao inserir-se, dessa maneira, o princípio da legalidade no contexto da legitimidade do poder, estabelece-se um elo direto entre esse princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito, no sentido de que o não contemplar o princípio da legalidade implica a inexistência de um real Estado Democrático.[51]

Nesse aspecto, a lei deve impor não só obrigações, mas conferir direitos a todos.[52]

51 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 443-444.

52 Roque Antonio Carrazza, sempre com muita propriedade, ao discorrer sobre a legalidade na tributação manifesta-se sobre o princípio da legalidade dentro de um Estado de Direito, cuja primordial função é a de limitar os poderes públicos. (CARRAZZA, Roque Antônio. O princípio da legalidade. Generalidades. *In*: *Curso de direito constitucional tributário*, 29. ed. rev., ampl. e atual. a até a Emenda Constitucional n. 72/2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 270-273.)

Esse princípio não se confunde com o princípio da reserva legal, ao contrário, encampa-o, considerando que a legalidade de que se cuida é a de natureza ampla e deve comportar qualquer ato normativo do Poder Público, enquanto o princípio da reserva legal é a subordinação da Constituição, seus dispositivos, à determinada regulamentação formal, via de regra por meio de lei ordinária.[53] Nos dizeres de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, "O princípio em pauta tem por objetivo indicar que algumas matérias, por estarem reservadas ao trato da lei em sentido formal, não podem ser disciplinadas por medida provisória ou lei delegada, exigindo, assim, a prévia aprovação pelo Poder legislativo".[54]

A legalidade é também princípio explícito da Administração Pública,[55] sob pena de não se legitimar a atuação administrativa.[56] Embora o magistrado pertença à Administração Pública *latu sensu*, não se encontra sujeito a esse princípio, tal como posto para a Administração Pública, quando decide um caso concreto.

3.3 Espécies normativas previstas no texto constitucional

A Constituição Federal, quando fala em "lei" em seus vários artigos, expressa-se de forma pouco técnica, pois muitas vezes diz "lei especial" disporá sobre isso, "lei orgânica" fará aquilo, "lei federal" ou "lei estadual" disciplinará a matéria ou, ainda, compete a "lei complementar", "lei complementar federal" ou "lei complementar estadual" dispor sobre...

Em verdade, a Constituição Federal perfilha as espécies normativas que adotou, conforme já citado, em seu artigo 59, a saber: a emenda constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução, cada qual com um procedimento específico para sua integração em nosso ordenamento.

3.4 As lacunas da lei

A existência de omissão em qualquer ordenamento é fato incontroverso, já que as leis precedem a existência de um caso a ser apreciado. Por isso o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que, "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Conforme avalia Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

> Na realidade, por mais que as normas jurídicas – e os legisladores – queiram,

53 Conforme anotado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o princípio da reserva legal encontra-se mitigado, em virtude da interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto à adoção de Medidas Provisórias para disciplinar questões que, a princípio, estariam sujeitas a lei ordinária. Lecionam que "Apesar de sólido entendimento doutrinário em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, entendeu que as relações tributárias não reclamam o mesmo nível de segurança jurídica que o direito penal. Desse modo, manifestou-se no sentido de que a medida provisória poderia criar tributo, desde que respeitadas as outras garantias tributárias, já que, por mandamento constitucional, teria força de lei e, ademais, constituiria um mecanismo substitutivo do decreto-lei, o qual, dentre outras finalidades, tratava de matéria tributária". (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Jr. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 126.)

54 *Ibidem*, p. 124.

55 "A legalidade, como princípio da administração (CF, 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. [...]
Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167.)

56 "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

> elas não conseguem acompanhar a dinâmica de transformação da realidade social. E, até ao contrário, a norma tem entre suas funções a de ser estabilizadora da sociedade, o que contrasta com movimentos contínuos de mudança.
> No mundo contemporâneo, o alto grau de complexidade oferece ao indivíduo muitas possibilidades de ação (aliás, mais do que as que ele pode realizar). Com isso, as normas não conseguem dar conta de todo o volume de situações que emergem diuturnamente no meio social.
> Dessa forma, haverá casos que não foram previstos pelas normas jurídicas, e nessa hipótese podemos falar que estamos diante de "vazios" ou "lacunas" nas normas jurídicas.
> Todavia, frise-se, as lacunas não estão no sistema jurídico, mas nas normas jurídicas.[57] Isto porque, através dos meios de integração, o intérprete colmata as lacunas, preenche os vazios.[58]

Conforme já destacado, a Constituição também é uma lei, e, como tal, deve ser interpretada.

3.5 Limites de interpretação

Tomando por empréstimo as palavras de Eros Roberto Grau, e sob um aspecto amplo:

> [...] a interpretação – compreensão, a decisão judicial, segundo Frosini (1991:11), considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutrida pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinais em voga ou por instâncias de ordem política. De mais a mais, o juiz, em verdade, considera o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo.
> A decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos, dado que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo.[59]

Assim, embora a solução a determinado problema, levando necessariamente à análise de um texto legal, tenha uma carga pessoal de seu prolator, escolhendo a decisão que lhe parece a mais correta frente à norma que se apresenta, deverá o julgador abstrair-se e tentar não absorver as paixões que se lhe mostram na causa, em razão do caráter constitutivo dessa declaração, que produzirá efeitos concretos no plano da realidade.[60]

---

57 Conforme registro da questão feita por Maria Helena Diniz, sob outro ponto de vista: "Hans Kelsen afasta a ideia de existência de 'lacunas' no sistema, pois todo e qualquer comportamento pode ser considerado como regulado – num sentido positivo ou negativo – pela ordem jurídica. Justamente por entender que, 'quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever a um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta', regulando-a negativamente, rejeita Kelsen a formulação, feita por alguns autores, de que, ante a impossibilidade das normas regulamentarem todas as ações humanas possíveis, haverá sempre casos em que a aplicação do direito estará excluída, por não haver norma que os prescreva, devendo os juízes criá-las como se fossem legisladores. Daí o caráter da completude ou da plenitude do sistema normativo, na concepção de Kelsen, pois as normas que compõem contêm, em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos competentes". (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100.)

58 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 254.

59 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107-108.

60 Nos dizeres de Luís Roberto Barroso: "O juiz é o agente da função jurisdicional do Estado. Cabe-lhe, mediante provocação da parte interessada, pronunciar o direito ao caso concreto. A vontade do Estado-juiz tem caráter de definitividade e, após os recursos cabíveis, reveste-se da autoridade de coisa julgada. Princípios destacados na ordem constitucional brasileira são os da independência e impar-

Delimitando o tema, deve-se salientar que a norma a ser interpretada será feita em face da Constituição. Portanto, a linha de interpretação a ser seguida deverá estar conforme seus ditames e princípios.

A princípio todas as normas nascem presumidamente constitucionais, e só pela interpretação de seus termos é que se concluirá ou não pela sua constitucionalidade.

Para a interpretação de qualquer texto, deve-se buscar a hermenêutica jurídica. Para Peter Härbele,

> [...] a interpretação é uma arte. Um processo contínuo, historicamente situado e datado, objetivo e racional pelo qual se dá a criação, renovação, efetivação, segurança e estabilidade do Direito em uma situação concreta específica.
> Trata-se de uma arte, pois, a hermenêutica tem por função criar o direito e mantê-lo vivo, latente no seio da sociedade. O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o filósofo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita.[61]

Dessa forma, ao prestar a tutela jurisdicional, tal como uma *arte* na hermenêutica mencionada por Härbele, deverá o magistrado, havendo dúvida sobre a constitucionalidade do texto a ser aplicado e em razão da supremacia da Constituição, buscar a exegese que se identifique com os seus termos. Caso seu resultado se mostre incompatível com o Texto Maior, deve declarar a inconstitucionalidade da lei que se pretende ou a não aplicação. Atuará o magistrado, nesse mister, como legislador negativo em função dessa declaração.

Há autores[62] que sustentam a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei, em face da Constituição, pelo juiz singular, argumentando que o juiz apenas deixa de aplicá-la ao caso concreto, por força do contido no artigo 97 da Magna Carta,[63] em razão de recair o conteúdo de sua decisão sobre a relação jurídica analisada.

Trata-se de interpretação restritiva que não encontra suporte em uma prestação jurisdicional ampla.

Ao interpretar o direito, pode e deve o magistrado recusar aplicação ao ordenamento que repute inconstitucional. Agindo assim, deverá declarar os motivos pelos quais não confere legitimidade à lei pleiteada pelos integrantes do processo,[64] cujas razões de deci-

cialidade dos juízes (CF, arts. 95 e 96). (É bem de ver que o juiz, de regra, desagradará a um dos lados. Estará sempre condenado a conviver com 50% de rejeição. No mínimo, porque às vezes desagradará a todos.) O juiz há de ser o árbitro desapaixonado dos conflitos de interesses". (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 618.)

61 AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Härbele e a hermenêutica constitucional*: alcance doutrinário. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 2004, p. 72.

62 Dentre os quais: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

63 "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

64 "Parte é quem figura no processo como autor, réu ou interveniente (assistente, opoente, nomeado à autoria, denunciado à lide, chamado ao processo). O conceito de parte, diz com precisão Clóvis do Couto e Silva, é meramente formal (Comentários ao Código de Processo Civil, p. 489). Sob esse prisma, é indiferente saber se a parte no processo é parte na relação material de direito que se discute; porque, se não o for (ou não tiver nela interesse), será parte ilegítima no processo, mas parte.
Não tendo sido parte no processo, o terceiro 'não pode ser prejudicado pela sentença': são ineficazes a seu respeito a condenação, o mandamento, a constitutividade da sentença; se ato executivo é praticado contra terceiro, ele tem direito a embargos (CPC, art. 1046). É impossível proferir decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve oportunidade de defender-se, provar, expor suas razões, discutir o direito dos fatos. A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais restringe-se aos que foram partes no respectivo processo, mesmo porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28-29.)
No mesmo sentido, e até mesmo com maior rigor, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) estabelece no Livro I, ao cuidar das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, que a jurisdição deve

dir não integrarão a coisa julgada, se não fizerem parte do *decisum*.

Para a interpretação de uma determinada lei, deverá o juiz valer-se dos métodos gramatical, histórico, teleológico, filológico, este fundamental para a identificação dos anseios ditados pelo momento em que proclamada a Carta Magna, sistêmico, ou seja, harmonizando o todo, a unidade da Constituição, enfim, a interpretação há de ser consentânea com o mundo circundante e de acordo com a realidade do momento.

Nesse pensamento, embora a doutrina teime em querer diferenciar a hermenêutica da interpretação jurídica, ambas confundem-se na prática, e poder-se-ia arriscar dizer que a interpretação está contida na hermenêutica, já que ambas buscam o alcance das normas jurídicas em contextos distintos, sendo a última mais abrangente.

Interpretar é, portanto, aplicar a hermenêutica. Esta descobre e fixa os princípios que regem aquela. Na linguagem de Carlos Maximiliano,[65] hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

Interpretar não significa só explicar, esclarecer, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão, mas, sim, revelar o sentido apropriado da norma para a vida real, que levará a uma decisão correta.

Visando à total compatibilidade e aplicabilidade das normas constitucionais e à solução de eventuais conflitos existentes entre elas, faz-se necessário interpretá-las, socorrendo-se o intérprete das regras de hermenêutica, apontadas pela doutrina.

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais: 1) *Da unidade da constituição* – a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. A constituição forma um todo hierarquicamente equivalente e integralmente válido; 2) *Do efeito integrador* – deve ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social; 3) *Da máxima efetividade ou da eficiência* – a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda; 4) *Da justeza ou da conformidade funcional* – os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta ou altere o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário; 5) *Da concordância prática ou da harmonização* – exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito da forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; 6) *Da força normativa da constituição* – entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.[66]

Tais princípios seriam completados pelos assinalados por Jorge Miranda: a) de interpretação da Constituição como um todo; b) os segmentos por ela previstos não podem ser interpretados de forma estanque; c) pelo método dedutivo (a partir dos princípios) e pelo método indutivo (a partir de seus preceitos); d) valorização e ponderação dos seus preceitos, em critérios de razoabilidade; e) priorizar ou reduzir determinados princípios frente a outros, coordenando-os ou subordinando-os; f) os conceitos indeterminados devem ser interpretados à luz dos princípios; g) sistematização dos conceitos insertos no texto constitucional, vindos de outros ramos do direito, ou mesmo sendo extra-jurídicos; h) a interpretação da norma constitucional há de ser jurídica, conferindo-lhe o intérprete máxima efetividade e utilidade dentro do or-

atender a preceitos de ordem constitucional, em especial a paridade de tratamento entre as partes, aplicando-se o direito processual num contexto principiológico que resguarde e promova a dignidade da pessoa humana (artigos 7º e 8º).

65 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

66 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1209-1212.

denamento; i) o "caráter aberto" das normas programáticas não devem interferir na sua interpretação, com a efetividade e utilidade antes mencionadas; j) os preceitos implícitos devem ser interpretados e conjugados com os explícitos; l) suas normas devem ser tomadas como atuais e não futuras; m) a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição e não o contrário.[67]

3.6 O poder discricionário do juiz

Estará o juiz vinculado à lei?

Essa questão é de difícil resposta.

Valendo-nos dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, notamos que

> [...] o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e "balanceamento"; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma "neutra"[...].[68]

O mesmo autor, em breve relato sobre as origens do instituto da Cassação e do Tribunal de Cassação, instituído na França em 1º de dezembro de 1.790, faz referência à postura do juiz daquela época, diante das ideologias teorizadas por Rousseau e Montesquieu quanto à prevalência da lei ditada pelo momento, afirmando que, diante da lei e da rígida separação dos Poderes, competia ao juiz "o único dever de aplicar aos casos concretos o texto da lei, um dever concebido como puramente mecânico e em nada criativo".[69] Proceder que não se comporta mais na conjuntura atual.

A questão torna-se ainda de mais difícil resposta quando enfrentamos, dentre alguns, os aspectos políticos como razão de decidir.

Ronald Dworkin, enfocando o tema sob esse aspecto, apresenta a sua visão restritiva, afirmando que os juízes devem basear seus julgamentos em argumentos de princípios políticos, e não em argumentos de procedimento político.[70]

67 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo III, p. 289-292.

68 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 33.

69 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 40.

70 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3-4. O autor traça um paralelo entre as decisões proferidas pelos juízes ingleses e os norte-americanos, enfatizando seus fundamentos políticos em razão dos fundamentos técnicos a que estão obrigados. Diz ele: "Os juízes nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha tomam decisões políticas? Naturalmente, as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm conseqüências para controvérsias políticas. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Supremo Tribunal tem de decidir questões políticas, como a de determinar se criminosos acusados têm direitos processuais que dificultam mais a aplicação da lei. Na Grã-Bretanha, os tribunais têm de decidir casos que exigem a interpretação do direito do trabalho, como aqueles que dizem respeito à legalidade dos piquetes, quando os sindicatos favorecem uma interpretação e as indústrias britânicas, outra. Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) do direito do trabalho um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, por exemplo, podem ser mais característicos

Contrapondo-se a essa ideia, Dalmo de Abreu Dallari afirma que as decisões judiciais, como parte do exercício da soberania do Estado, são "expressão do poder político".[71]

Não obstante o poder dos juízes tido como a expressão do poder político, e sob este aspecto sua decisão dar-se-ia sob argumentos políticos, a sua discricionariedade será deduzida de normas já editadas, portanto, gerais e abstratas, e, relativamente a um caso concreto, já acontecido, é que a sua manifestação deverá se adequar.

Voltando à vinculação do juiz à lei, cujos limites da realização do direito posto e sua declaração se encontrariam, teoricamente, condicionados à lei, reportamo-nos às considerações feita sobre o tema por W. Hassemer:

> [...] a ideia de que o veredicto judicial decorreria, inequivocamente, da norma codificada foi, entretanto, superada. Ela deu lugar ao reconhecimento de que o juiz cria direito. Porém, com isto as questões da função da codificação na ação do juiz não estão resolvidas; pelo contrário, elas colocam-se agora de uma forma nova e mais complicada. É justamente aquele que não concebe a tarefa do juiz como absoluta subjugação deste à lei, que tem de perguntar-se acerca do significado que o direito codificado (ainda) tem no processo de decisão judicial. São várias as concepções matizadas situadas entre a esperança de que o juiz encontraria na lei a resposta inequívoca e completa para as suas dúvidas acerca dos princípios de decisão no caso concreto e a opinião de que o juiz não tem em conta a lei, decidindo segundo a sua sensibilidade jurídica ou segundo os interesses das partes afectadas, tal como ele os entende. [...]
> O reconhecimento de que o direito codificado não pode, pelo menos de facto, determinar inteiramente a decisão judicial não é novo. Este reconhecimento pode, talvez, comprovar-se com a experiência empírica de que o conteúdo da jurisprudência se pode alterar profundamente, sem que a lei respectivamente aplicável não tenha sido renovada. [...]
> Mesmo as opiniões mais cautelosas que se fundam neste reconhecimento mantêm o papel dominante do direito codificado face à sentença judicial. Admite-se que as palavras da lei nem sempre dão indicações claras, que elas "necessitam

---

de um partido político que de outros".

71 Referido autor, consagrando a tripartição dos Poderes, na qual tem o Poder Judiciário papel de destaque, retrocedendo aos aspectos históricos do ofício de dizer o direito, sintetiza essa atuação comparativamente da seguinte forma: "No momento em que foram superados o feudalismo e o absolutismo, os juízes deixaram de ser agentes do rei ou de aristocratas poderosos para se tornarem agentes do povo. Isso ficou definitivamente claro com o aparecimento das Constituições escritas, no século dezoito. Foi transferida para o Estado a soberania, que antes era um atributo pessoal do rei, e se consagrou a tripartição do poder do Estado, entregando-se à magistratura uma parcela desse poder soberano, essencialmente político. Esse é um ponto importante, que não tem sido suficientemente considerado e que pode explicar, inclusive certas divergências teóricas: as decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que, embora disciplinada pelo direito, é expressão do poder político.
Por motivos que têm raízes na história, a Inglaterra jamais teve um Judiciário como ramo independente, na organização do Estado. Assim, obviamente, para os teóricos ingleses não tem sentido falar em Poder Judiciário e menos ainda em poder político dos juízes, que, em última análise, são subordinados ao Parlamento. Uma síntese da concepção inglesa do papel do juiz é a frase com que Francisco Bacon inicia seu ensaio Da Magistratura: 'Os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*, interpretar a lei, não fazer a lei, ou dar a lei'. O juiz não é legislador, como também não é um autômato, um aplicador cego da lei, proibido de interpretá-la.
Na França, a situação não é exatamente a mesma, mas também há muita resistência à concessão de excessivo poder aos juízes e à interferência destes na política. O tratamento dado ao tema da politicidade dos juízes pelos teóricos franceses merece especial consideração, pois, embora se possa dizer que a primeira reflexão teórica sobre a separação dos poderes e até mesmo sobre um corpo de magistrados independente se encontra em Aristóteles, não há dúvida de que se deve à influência da obra de Montesquieu, *Do espírito das leis*, a divulgação da ideia e sua adoção por muitas Constituições, a partir do século dezoito. O próprio Montesquieu, como já foi lembrado anteriormente, exerceu durante algum tempo a magistratura, atividade que desenvolveu durante alguns anos no quadro da aristocracia do século dezessete e que lhe deu alguma experiência a respeito das funções públicas, sem, entretanto, despertar o seu interesse". (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90-91.)

> de ser preenchidas com valores", que são "porosas" ou "vagas". Porém, em contrapartida, são elaboradas novas linhas de defesa: a "letra" dos conceitos legais ou o "significado natural das palavras" constituirão, porventura, "limites de interpretação"; ou então teria que se distinguir entre um "núcleo do conceito" (duro, inequívoco) e a "auréola do conceito" (vaga, requerendo interpretação), podendo-se contar pelo menos no primeiro caso, com o poder determinante do direito codificado.[72]

Buscando respostas a indagações como: em que medida a atividade hermenêutica desenvolvida no campo do Direito é criativa? Até que ponto é legítimo ao juiz afastar-se da literalidade da lei? Será que existe, de fato, criação judicial em todo ato de aplicação do Direito, mesmo nos casos mais simples?, Sergio Nojiri[73] discorre acerca do tema, abarcando posturas doutrinárias de envergadura, para concluir que toda a aplicação do Direito depende de uma anterior interpretação, distinguindo dois momentos, o da interpretação propriamente dita e o da aplicação da lei.

Sob um aspecto ou outro, a lei aplicável deverá ser a que se considere constitucional, pois, ao juiz, nos moldes do modelo norte-americano de magistratura, foi conferido o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei e, consequentemente, impedir que seja aplicada.

Para isso, deverá o interessado pleitear essa declaração por meio de um processo, seguindo todas as exigências procedimentais para que isso ocorra.[74] O juiz, nessa hipótese, estará julgando a lei antes mesmo de atingir o caso concreto, por ser uma prejudicial do mérito, cujo pedido pode ou não ser acolhido diante da interpretação que se precederá, nos moldes dos princípios e normas constitucionais.

Para Mauro Cappelletti,

> [...] a lei constitucional é "mais forte" do que a lei ordinária, o juiz, devendo decidir um caso em que seria relevante uma lei que ele julgue contrária à norma constitucional, deve "interpretar o direito" no sentido de dar a prevalência à norma constitucional, e não, àquela inconstitucional. Portanto: não *invasão* do juiz na esfera do poder legislativo, mas, antes, pura e simples não aplicação da lei naquele dado caso concreto.[75]

Para Eros Roberto Grau, o juiz não é dotado de discricionariedade. Para ele, todo o magistrado encontra-se vinculado aos textos normativos, portanto a um juízo de legalidade, enquanto a discricionariedade exercita-se num campo de juízo de oportunidade.[76]

---

72 HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. *In*: KAUFMANN, A.; HASSEMER W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel (Capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (Capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 282-283.

73 NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

74 "Para que a jurisdição seja atuante, é necessário provocá-la, daí a observação de Calamandrei, de que não há jurisdição sem ação, não há atuação sem provocação, exceção feita ao arbitramento, ao direito de retenção e a venda coativa por inadimplemento do comprador, que são exceções à função jurisdicional, como monopólio estatal. A função jurisdicional enquadra-se na categoria das garantias jurisdicionais inseridas no quadro das garantias do direito objetivo com base na carta constitucional (Chiovenda, *Instituições*, 2ª ed., p. 4), onde há a intervenção do Estado, por meio do processo, atuando jurisdicionalmente com o objetivo de impor a obediência à ordem jurídica (Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, n. 17, p. 793). Portanto, o exercício da função jurisdicional pressupõe o conflito. É função da soberania do Estado e como tal é preservada, na própria Constituição, quando distribui o seu exercício entre os órgãos (tribunais e juízes)". (ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27-28.)

75 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 82.

76 Diz o autor: "Todo o intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja submetido ao 'espírito da lei' ou à 'vontade do legislador', estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial, mas não exclusivamente – é óbvio –, pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao 'texto' do direito pressuposto). E

Discordamos desse posicionamento,[77] tendo como suporte a amplitude da interpretação que os textos legais oferecem. Pensar de outra forma seria atribuir à interpretação legislativa uma padronização, situação inconcebível diante de um caso concreto. É certo, porém, que o juiz não poderá se afastar da lei, porque ela é a dirigente das lides, mas, ao lhe conferir determinado significado, atua segundo suas convicções e entendimento.

3.7 O juiz modifica a lei ou a complementa

"O poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo",[78] portanto o poder encontra-se em todos os campos do relacionamento humano e representa a imposição da vontade de um sobre o outro. O juiz, na sua atividade primordial de dizer o direito, investe-se, para esse exercício, de parcela do Poder do Estado, sobrepondo-se sobre os jurisdicionados. Nesse ponto não restam dúvidas quanto à sua autoridade e poder para esse fim, porquanto, "em qualquer relação de Poder, os emissores (detentores do poder) são *prima facie* designados como dignos de transmitir o que eles transmitem e, portanto, autorizados a impor sua recepção e a controlar suas inculcações pelas sanções socialmente aprovadas ou garantidas".[79]

Esse poder, emanado da Constituição Federal, revela-se no momento em que é investido da jurisdição, dentro das linhas básicas de organização do sistema judiciário nacional por ela traçado.

Como afirma Pietro de Jesús Lora Alarcón, "o juiz tem sempre como parâmetro a ordem jurídica e sua fórmula de justo",[80] ordem que se funda no princípio constitucional da tripartição dos Poderes. Nesse exercício, aduz o referido autor, o juiz se inspira no seu raciocínio, aplicando a lei de forma razoável e proporcional.

Partindo-se dessa ideia, vê-se que as decisões judiciais, como não poderiam deixar de ser, fundam-se em uma ordem jurídica constituída, porém são, sobretudo, frutos da razão humana. Razão que decorre da racionalidade fundada em uma técnica interpretativa já dimensionada.

Apenas a título ilustrativo, tomemos como exemplo o Código Civil Brasileiro, promulgado no início do século XX. Referida ordem jurídica, tida por muitos como um código tipicamente rural, tinha como parâmetros as necessidades da época, quando sequer se cogitava da existência de computador, telefones celulares, internet, dentre outros avanços, dando resposta às controvérsias contemporâneas daquele período. Esse Código, tratando das relações individuais do início daquele século, embora muito didático e rico em princípios gerais, satisfazendo aos

cumpre também observarmos que os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo". (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200.)

77 Acompanhando o posicionamento dos seguintes doutrinadores: Mauro Cappelletti, Luís Roberto Barroso, Sérgio Sérvulo da Cunha e Sergio Nojiri.

78 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

79 *Ibidem*, p. 58.

80 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. 2003, p. 171.

interesses de então, já não comportava nem oferecia, sob vários aspectos, as respostas exigidas para a solução de tão diversificados interesses atuais. Assim, as controvérsias surgiam a todo o instante, e a evolução dos tempos e as necessidades sociais dos grupos requeriam uma resposta atual e adequada às soluções dos conflitos.

Então, o que fazer com os ordenamentos jurídicos postos à disposição do juiz que não previram determinada situação, tanto na esfera constitucional quanto na esfera infraconstitucional? Como solucionar o caso concreto?

De acordo com nosso estudo, ao juiz é destinado o papel de, pondo fim ao conflito que lhe é apresentado, preservar o direito das partes, definindo quem tem razão e fixando os contornos da lide, em face de um ordenamento maior ditado por princípios que informam as regras vigentes.

Com base nessa premissa maior, orientada por princípios, o juiz, ao delimitar os contornos da lide, ingressará e analisará objetivamente os enunciados legais aplicáveis ao caso, fazendo uma incursão a aspectos sociológicos e políticos para a aplicação do Direito. Só assim poderá compatibilizar a controvérsia atual com uma norma tão desatualizada.

Essa foi a razão da menção ao Código Civil, promulgado no início do século passado (1916) e que vigorou até o início deste século (2002).

A nova ordem civil atualizou-se, promovendo, inclusive, a alteração de disposições insertas no Código Comercial de 1850, contudo não avançou na complexidade das relações humanas deste século, deixando que questões específicas fossem tratadas por leis da mesma natureza, pois pode-se afirmar não existirem mais relações jurídicas simples, em razão da própria dinâmica imposta pela sociedade, que possam ser tratadas de forma genérica e sem detalhamento.[81]

Por qualquer ângulo que se analise a questão, sempre se verificará que os ordenamentos infraconstitucionais, quando ingressam na ordem vigente, reproduzem as condições verificadas no momento, pois delimitam objetivamente o assunto tratado, diferentemente das regras constitucionais que, de forma ampla, contribuem para que haja a interpretação do texto, em razão dos princípios que inscreve em seu corpo.

Segundo Klaus Stern,

> [...] o juiz precisa aplicar, "implementar", a lei, mas isso significa também que ele não precisa apenas repeti-la, mas interpretá-la, pensá-la até as suas últimas consequências conforme o espírito do Direito, sobretudo do direito constitucional e da ordem de valores que o direito constitucional fornece como orientação prévia.[82]

Tais afirmações decorrem do raciocínio de que nos encontramos num Estado Democrático de Direito, do qual decorrem poderes conferidos ao povo, detentores do Poder, como de elegerem seus representantes, por exemplo, responsáveis pela elaboração das leis que organizarão a vida em sociedade, leis que terão como norte os direitos fundamentais e outros conferidos pela Constituição, cuja preservação, em última análise, compe-

81 A evolução social e os conflitos trazidos ao Poder Judiciário nos remetem a questões como a da necessidade de ser dirimida a possibilidade de conferir o direito à gestante de efetuar o aborto do feto anencefálico – aquele privado de encéfalo, de cérebro, portanto, destituído de atividade cerebral –, ante a falta de definição legal de aborto de feto portador dessa anomalia, tendo como fundamento a garantia constitucional da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, além de outros princípios, como corolário daquele, para situar questionamentos formulados que envolvam direitos fundamentais do indivíduo.
O princípio da dignidade humana, aplicável na hipótese, conferirá, por abarcar tantos outros, a preservação do direito à saúde e à vida.
Outras questões jurídicas palpitantes ainda merecem menção, como o direito à eutanásia, o da proteção do patrimônio genético, a clonagem, as células-tronco, etc.

82 STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. *In:* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 508.

tirá ao Poder Judiciário.

Com muita propriedade, Juarez Freitas sintetiza alguns preceitos interpretativos conferidos ao juiz constitucional, destinados a adequar o ordenamento ditado em instâncias inferiores, visando à preservação da abertura e unidade da Constituição, a qual, conforme afirma, é o coração jurídico do país.

> Dentro de um enfoque interpretativo, admite eventual mutação[83] da Constituição, necessária à sua flexibilização. Condensa o autor suas considerações nas seguintes proposições:
> 1. Todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade.
> 2. A interpretação constitucional é processo tópico-sistemático, de maneira que resulta impositivo, no exame dos casos, alcançar solução de equilíbrio entre o formalismo e o pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e rígidas.
> 3. Ao hierarquizarmos prudencialmente os princípios, as normas e os valores constitucionais, devemos fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, fundamento e cúpula do mesmo.
> 4. O intérprete constitucional deve ser o guardião, por excelência, de uma visão proporcional dos elementos constitutivos da Carta Maior, não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio/fim. Proporcionalidade significa, sobremodo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.
> 5. O intérprete constitucional precisa considerar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de prestar a tutela, de sorte a facilitar, ao máximo, o acesso legítimo do jurisdicionado. Em outras palavras, trata-se de extrair os efeitos mais fundos da adoção, entre nós, do intangível sistema de jurisdição única.
> 6. O intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna, e a não menos devida eficácia social.
> 7. O intérprete constitucional deve buscar uma fundamentação racional e objetiva para as suas decisões sincrônicas com o sistema, sem adotar soluções "contra legem", em que pese exercer atividade consciente e assumidamente positivadora e reconhecendo que a técnica do pensamento tópico não difere essencialmente da técnica de formação sistemática, ambas facetas do mesmo poder de hierarquizar e dar vida ao sistema, entre as várias possibilidades de sentido.
> 8. O intérprete constitucional deve honrar a preservação simultânea das características vitais de qualquer sistema democrático digno do nome, vale dizer, a

83 Através da mutação ou transição, muda-se o sentido, alcance ou significado da norma, sem mudar o texto.
O conceito de transição ou mutação constitucional não se confunde com alteração constitucional, a qual consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional.
Segundo Canotilho, a interpretação da Constituição esbarra em limites, não sendo possíveis mutações constitucionais operadas por via interpretativa. Ressalva o autor, entretanto, que isso não equivale dizer que a constituição é algo estático e alheio à realidade.
O que o supracitado autor leciona é que a constituição pode, sim, passar por um processo de mutação, diante da evolução da realidade, mas não admite que, em razão disso, surja uma "realidade constitucional inconstitucional". Dizendo de outra forma, a constituição pode ser flexível sem deixar de ser rígida.
Ou seja, "a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido em algumas normas provocadas pela evolução da realidade, não contrariam os princípios estruturais da constituição". A esse fenômeno, Canotilho dá o nome de "mutações constitucionais silenciosas". Concluímos que é admissível a mutação constitucional por via interpretativa, desde que não se contrariem os princípios estruturais e seja respeitado o "espírito" da constituição, devendo os intérpretes, aplicadores da norma, agir com muita cautela, para, a pretexto de adequarem a constituição à realidade, não acabarem por criar uma ordem constitucional inconstitucional (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1214-1216.)

> abertura e a unidade, que implica dever de zelar pela permanência na e da mudança.
> 9. O intérprete constitucional deve acatar a soberania da vitalidade do sistema constitucional no presente, adotando, quando necessário, e com extrema parcimônia, a técnica da exegese corretiva.
> 10. O intérprete constitucional precisa ter clareza de que os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição.
> 11. O intérprete constitucional, sabedor de que os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão ou contradição, cuida de conciliá-los, com maior ênfase do que aquela dedicada às regras, que são declaradas inconstitucionais, em regra, com a pronúncia de nulidade.
> 12. O intérprete constitucional somente pode declarar a inconstitucionalidade (material ou formal) quando frisante e manifestamente configurada. Dito de outro modo, deve concretizar o Direito, preservando a unidade substancial e formal do sistema em sua juridicidade.[84]

Diante desses conceitos, podemos afirmar que o juiz, ao interpretar a lei, não a modifica nem a complementa.

Num processo racional, o juiz, tendo como pressuposto que o Estado controla as relações sociais por meio de leis e cria limites à autonomia dessas relações, promove a interação entre o fato que lhe é apresentado e a lei, cotejando-os com os preceitos constitucionais, para determinar a compatibilidade com o texto constitucional.

Ao juiz competirá a adequação e conformidade do ato jurídico apontado pelo conflito com a Constituição. Nesse sentido, a interpretação dada à norma, em caso de incompatibilidade com a Magna Carta, não significa que ele a altera, modifica ou complementa, considerando que apenas deixa de aplicá-la, em virtude de as normas infraconstitucionais terem como paradigma a própria Constituição.

Conclusão

Considerando os antecedentes históricos quanto à necessidade de os homens serem guiados por determinada ordem instituída, seja pelo Direito Natural, Contratual ou pelo Direito Positivo, podemos afirmar que as relações sociais não se estabelecem legitimamente sem que tenhamos um entendimento prévio das normas que lhe são inerentes.

A partir do Direito Natural, encontramos o fundamento de validade dos relacionamentos firmados na moral, moral essa absoluta e transcendental de conhecimento prévio dos seus titulares. Para o Direito Natural, o comportamento, o "dever ser", se conforma com uma norma moral.

Em face da Doutrina Contratualista, os cidadãos comportam-se de acordo com um pacto previamente firmado com o Estado, aderindo aos seus termos.

E, por fim, pelo Direito Positivo, entendemos que o direito, disciplinando as relações interpessoais, forma-se a partir de uma norma hipotética fundamental, da qual decorrem as demais normas.

As normas, sejam de que natureza forem, ditam o sistema jurídico, incumbido de estruturar as instituições, estabelecendo o perfil do Estado e regendo suas relações sociais e políticas. Consigne-se que essas normas não podem descurar dos valores e princípios tutelados, regulando os Poderes do Estado em face da sociedade, pois todos a ela devem se sujeitar. Esse sistema de normas, instrumento da ordenação do exercício dos

84 FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida a Constituição: preceitos de exegese constitucional. *In:* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246-248.

Poderes políticos/jurídicos do Estado, convencionou-se denominar "Constituição", que é o Poder Supremo da Nação.

A Constituição, sob esse enfoque, é a norma jurídica mais importante dentro do sistema jurídico do país. É nela que todas as leis editadas se validam. A Lei Constitucional é suprema, e essa supremacia impõe-se sobre toda e qualquer norma.

É desse Poder Supremo que se vale o Poder Judiciário, constituído também sob sua égide, informado por princípios, por garantias, e dotado de competências para declarar o direito das partes posto sob sua apreciação.

Pela jurisdição consagra-se a soberania outorgada pela Constituição ao magistrado para dizer o Direito, que tem como fim assegurar e restabelecer a ordem jurídica e a prevalência de direitos lesados ou ameaçados de lesão, nos termos das regras e princípios por ela traçados.

Pode-se afirmar que, com o exercício da jurisdição, integra-se a vontade da Constituição, satisfazendo-se o princípio do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

_____. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, p. 165-198, jul./dez. 2003.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Härbele e a hermenêutica constitucional*: alcance doutrinário. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Jr. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva.

_____. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. O princípio da legalidade. Generalidades. *In*: *Curso de direito constitucional tributário*, 29. ed. rev., ampl. e atual. a até a Emenda Constitucional n. 72/2013. São Paulo: Malheiros, 2013.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., 17. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida a Constituição: preceitos de exegese constitucional. *In:* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. *In*: KAUFMANN, A.; HASSEMER W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel (Capítulos 1-5 e 9) e Manuel Seca de Oliveira (Capítulos 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, tomo III.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional – Breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, p. 497-531, jan./jun. 2003.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

REALE. Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional:* princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. *In:* GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* - Definições e fins do direito - Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008, tomos 1 e 2.

A duração razoável do processo e o dano moral advindo da demora na apreciação dos pedidos de benefícios previdenciários

Eliana Rita Maia Di Pierro
Juíza Federal.

1. Considerações iniciais.

A exigência da celeridade, no âmbito da Administração Pública, que se manifesta, nas discussões atuais, por meio da constatação da morosidade no atendimento do aparato estatal ao cidadão, há de ser compreendida como uma releitura do acesso à Administração Pública, na concepção ampla do devido processo legal – seja em face da expressa previsão do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, seja como reflexo da eficiência estampada no *caput* do artigo 37 do Texto Maior.

Deveras, é imperioso destacar que a entrega tardia do bem da vida pretendido e assegurado ao interessado, que bate às portas do Poder Público, descaracteriza a segurança e o compromisso constitucional com os cidadãos, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Não se está aqui a desconsiderar a falha bilateral na formação da cidadania brasileira, inegavelmente claudicante tanto no cumprimento dos deveres, quanto na recepção dos direitos fundamentais. O objeto do presente texto, entretanto, espelha a dilação não proporcional da prestação do serviço público pela autarquia previdenciária, ou seja, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Avalia-se se tal demora pode configurar um dano à personalidade e, por via de consequência, caracterizar uma hipótese de compensação por dano moral.

A investigação é oportuna, notadamente no contexto atual em que são elaboradas sucessivas metas e prazos para o julgamento das ações pelo Poder Judiciário, desde a instalação do Conselho Nacional da Justiça.

Há indubitável conexão entre a celeridade na entrega do serviço administrativo e a celeridade na prestação

jurisdicional, porquanto, como já consolidado na seara processual, o mister do magistrado não se encerra com a solução do litígio na fase de cognição, mas pressupõe, com maior relevo, a efetiva realização da decisão no mundo dos fatos. Essa materialização, a seu turno, está vinculada à boa ou à má desenvoltura dos órgãos administrativos. Noutro dizer – e abordando-se o tema específico em debate – registre-se que, se o INSS não decide o pedido administrativo no tempo esperado ou não cumpre a decisão judicial no interregno fixado pelo juiz, haverá maior volume de solicitações das partes perante o Poder Judiciário.

O que de plano se reconhece como dificuldade é a fixação abstrata de um prazo que se diria razoável para a solução do caso concreto na seara administrativa. Com efeito, não se escapa da discussão aberta da razoabilidade e da proporcionalidade, vale dizer: a celeuma ainda acesa sobre o alcance dos princípios e a determinação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2. Fundamentação teórica.

O alicerce normativo, como não poderia deixar de ser, situa-se no texto constitucional por diferentes vertentes valorativas; e, neste aspecto, a garantia da duração razoável do processo, estampada no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, há de ser pontuada em primeiro plano. É imperativo sublinhar que a celeridade imposta pela cognominada Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004) não pode ser recebida como novidade em nosso sistema, porquanto já se delineava como diretriz implícita ao sistema.

De toda sorte, insta reconhecer que a noção de prestação de serviço público a contento é pressuposto lógico do devido processo legal, cujos direcionamentos tomaram forma com o surgimento da própria noção de constitucionalismo e delimitação do poder, séculos atrás.

Como cediço, a garantia da democracia, da liberdade, da igualdade, da repartição das funções e do controle do poder alimenta-se de um sistema normativo prévio, seguro e transparente, o qual é operacionalizado pela noção formal (ou procedimental) e material (ou limitada) do devido processo.

Na sequência, cumpre aferir se a demora caracterizada pela má prestação do serviço público – em regra, pela omissão – delineará o dano extrapatrimonial à personalidade do requerente. É de se ressaltar que o pleito administrativo, na seara previdenciária, está marcado pela urgência na entrega do benefício que, salvo exceções, irá substituir a renda (leia-se: garantir a sobrevivência) do segurado ou de seu dependente. Por tal motivo, há de se concluir que mensuração do prazo razoável deve conjugar diferentes fatores.

Sabe-se, por outro vértice, que a urgência é para todos e que a definição de critério de mensuração do tempo proporcional na entrega do benefício não pode debandar nem para o cenário atual de acúmulo de serviço, tampouco para um parâmetro lúdico e irreal de um prazo perfeito. Ambas as visões não atendem ao propósito pragmático de se contribuir para a discussão.

A base de apoio normativa para o início do debate sobre o prazo razoável a que o INSS deve se submeter, para proferir decisão nos pedidos de concessão de benefício previdenciário ou assistencial, será a lei geral do processo administrativo nº 9.784\1999, cujo artigo 49 fixa em 30 dias o interregno para a Administração Pública proferir sua decisão.

3. Estudo de caso.

3.1. A duração razoável do processo administrativo como conceito jurídico indeterminado

A razoabilidade como uma diretriz é tomada como princípio norteador da aplicação do direito, mas a concepção da razoável duração do processo – que remete à celeridade –

pode ser analisada como um conceito jurídico indeterminado, que reclama especificação no caso concreto.

A indeterminação de tal preceito jurídico é instituída por meio de uma proposital manobra legislativa, porquanto visa contemplar uma abertura do sistema jurídico permitindo ao operador do Direito a sua concretização de acordo com as especificidades da hipótese em análise.

Tal técnica normativa é festejada principalmente no contexto contemporâneo do Pós-Positivismo, em que se confere relevo à interpretação dinâmica dos textos normativos, sem engessar a norma com detalhes incompatíveis com a natural abstração que lhes é particular. Aliás, é exatamente essa a conjuntura que permeia a norma do texto constitucional, dada a multiplicidade de valores ali estampados como metas a serem realizadas pelos poderes constituídos.

A desvantagem que se denota em tal mecanismo de previsão normativa é a insegurança advinda da abertura demasiada de alguns conceitos, e é exatamente essa a dificuldade do tema em discussão.

De toda sorte, é imprescindível definir alguns parâmetros de limitação do tempo do processo administrativo, posto que sem tal contorno não se viabiliza a realização do direito fundamental à celeridade.

O transcurso do tempo, como cediço, é potencialmente lesivo a concretização do direito buscado, visto que, quanto maior a duração do procedimento, maior a probabilidade de atendimento insuficiente e tardio do interesse material ou pretensão.

Deveras, não se pode afastar por completo uma demora proporcional na análise dos pedidos administrativos, posto que a diretriz da legalidade orienta o ato administrativo que será editado, fato que pressupõe o preenchimento de requisitos e o controle da Administração Pública.

Podemos transportar para a seara do processo administrativo o mesmo raciocínio a ser feito no processo judicial, como abaixo reforçado:

> O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficiência, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.[1]

Com efeito, reconhecida a necessária celeridade e ponderando que um período de tempo é pressuposto lógico do procedimento, cabe aqui investigar como se poderia definir os limites da razoabilidade da duração do processo na arena administrativa.

1 ALBUQUERQUE, Eduardo Henrique Videres de. A Emenda 45 e o direito à duração razoável do processo. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18450/A_Emenda_45_e_o_Direito_%C3%A0_Dura%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2011.

Fixar-se um prazo fechado de forma abstrata e prévia seria pueril e inoperante. É imprescindível balizar as circunstâncias do caso concreto, como a urgência do atendimento do pleito, a conduta das partes – se leal e atuante, ou se omissa e inverídica – e a complexidade dos fatos que subsidiam a pretensão, consoante nos apresenta Albuquerque:

> Assim, seguindo a vertente traçada pela Corte Européia, para chegarmos ao conceito do que seria razoável quanto à duração do processo, devemos analisar a importância do litígio para o interessado, a complexidade do processo, bem como o comportamento do requerente e das autoridades competentes. No que pertine a importância do litígio para o interessado, o que se deve ter como norte é a repercussão que uma solução tardia do empasse possa acarretar na esfera jurídica daquele que pleiteia um provimento. Essa situação é vista com relação ao pelo próprio direito material em conflito, procurando analisar, caso a caso, certos fatores determinantes como o perigo de ineficácia ou ineficiência do provimento jurisdicional e a urgência do provimento.[2]

Imperativo reconhecer que na seara do processo administrativo previdenciário a avaliação prévia do que é mais importante encontra o empecilho da natural urgência que caracteriza todos os pedidos, a rigor. Dentre os interessados, frequentemente, estão pessoas idosas, deficientes, pessoas com doenças graves, menores e necessitados.

A indeterminação abstrata e natural da garantia constitucional estampada no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal não pode ficar a mercê do subjetivismo do servidor público, sob pena de se descaracterizar a natureza do direito, em sua vertente da exigibilidade imediata. É possível considerar, no atual momento, que já foi superada a concepção amorfa e distante da norma programática enquanto um fim remoto e ideal a ser alcançado. Daí a necessidade de se desenvolver um parâmetro concreto mínimo para se delinear o limite do prazo para a prolação de uma decisão administrativa.

3.2. Da fixação de prazo para decisão administrativa pelo prisma da Lei nº 9.784/1999 e da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010

Ao ensejo da discussão, insta reproduzir o artigo 563 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010 – que dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do INSS – ao delimitar o momento inicial e final do processo administrativo:

> Art. 563. Considera-se processo administrativo previdenciário o conjunto de atos administrativos praticados através dos Canais de Atendimento da Previdência Social, iniciado em razão de requerimento formulado pelo interessado, de ofício pela Administração ou por terceiro legitimado, e concluído com a decisão definitiva no âmbito administrativo.

De plano, relevante sublinhar que, ao se averiguar a diretriz apontada pela Lei nº 9.784/1999, visualiza-se um contexto principiológico que alberga a celeridade e a simplicidade do procedimento administrativo.

Nesse passo, o artigo 2º do diploma legal indica como parâmetros do processo administrativo a eficiência e a razoabilidade e, para tanto, especifica que a formalidade exigida ao procedimento será a necessária para se garantir os direitos do administrado. E mais: prioriza-se a adoção de formas simples, além de exigir a iniciativa de ofício para o impulso do processo. Outrossim, o artigo 22 é claro ao fixar que os atos administrativos em regra

2 *Ibidem.*

não dependem de forma determinada, salvo quando exigido expressamente na lei. Os mesmos valores ora reproduzidos estão contidos na disciplina da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, antes mencionada.

No que toca especificamente ao prazo a ser fixado para os processos administrativos, o artigo 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa em trinta dias o lapso temporal máximo para que o órgão profira a decisão. Antes disso, o artigo 24 reza que a prática de atos e diligências do processo por servidores ou pelos administrados não pode ultrapassar o prazo de cinco dias úteis. Igualmente há previsão de limite de transcurso do processo na fase recursal: o artigo 57 limita em três instâncias os graus recursais e o parágrafo 1º do artigo 59 delimita também em trinta dias o prazo para a decisão do recurso.

A jurisprudência de nossos tribunais contempla a aplicação de tais prazos na prática como limitação a duração do processo:

> AGRAVO LEGAL DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.
> 1 - Existe previsão legal determinando o prazo a ser observado pela Administração Pública no que se refere ao seu dever de decidir, nos termos da Lei nº 9.784/99.
> 2- *Os princípios constitucionais da razoável duração do processo e do direito de petição devem ser conjugados e homenageados na prática administrativa, não cabendo à autoridade pública causar obstáculos ao exercício fundamental da parte em ver seu pedido apreciado em prazo razoável.*
> 3- Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.
> 4 - Agravo legal desprovido
> (TRF 3ª Região, AI 2010.03.00.015971-5, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, j. 01/03/2011, e-DJF3 18/03/2011)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIAÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO.
> *1. A Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da administração pública prevê, no artigo 49, que as decisões desta devem ser tomadas em 30 (trinta) dias da provocação.*
> 2. Acrescente-se a isso, que a CF/88 garante a todos a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, "b"), a razoável duração do processo, seja ele administrativo ou judicial (art. 5º, LXXVIII) e determina que a administração pública de todas as esferas e Poderes está vinculada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37).
> (...) Ademais a jurisprudência já admitia a aplicação subsidiária do artigo 49 da Lei nº 9.784/99, na falta de previsão legal, *em homenagem ao princípio da duração razoável do processo, extensível também ao processo administrativo.*
> 5. O *mandamus* foi impetrado em 06/07/2010. Demonstra-se razoável, portanto, o prazo de 30 dias determinado pelo Juízo monocrático, para manifestação da autoridade impetrada, analisando o pedido de restituição protocolado pela impetrante em 04.06.2008, sob o nº 13863.000195/2008-45, conforme concedido na liminar do mandado de segurança.
> 6. Agravo legal a que se nega provimento.
> (TRF 3ª Região, AI 2010.03.00.022751-4, Segunda Turma, Relator Juiz Federal Convocado Renato Toniasso, j. 05/10/2010, e-DJF3 14/10/2010)

A partir de tal cenário pode-se aferir que a fixação do prazo deve obedecer a cada caso concreto, posto que assim seja possível averiguar quantas diligências foram exigidas e se houve ou não colaboração da parte. A

análise da grande quantidade de pedidos em face da insuficiência do quadro de servidores ou da estrutura do ente administrativo não pode se prestar como escusa para se flexibilizar a exigência da razoabilidade do prazo, sob pena de se menosprezar o compromisso constitucional.

Cabe, outrossim, ponderar que a fase de instrução do processo administrativo para a concessão de benefício é, a rigor, mais complexa exigindo maior lapso temporal para análise e solução. De plano, reconhece-se que a participação do interessado é essencial para reforço probatório. O interessado tem de apresentar documentos, esclarecer dúvidas ou submeter-se a exames periciais.

Lado outro, ainda será possível que o INSS deflagre uma fase de pesquisa externa (art. 618 e seguintes da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010) que objetivará: a conferência da veracidade das informações trazidas pelo requerente, notadamente quando em desconformidade com os dados constantes nos cadastros da autarquia previdenciária.

3.3. Dos elementos do dano moral na duração não razoável do processo administrativo.

Com cediço, a configuração de um dano extrapatrimonial pressupõe a ofensa a um direito da personalidade do indivíduo, no sentido amplo, por uma concepção objetiva que será apreciada, caso a caso, a partir dos fatos, sob a ótica da dignidade humana.

Não se pode olvidar a compreensão paralela e divergente que exige uma comprovação da dor, do sofrimento, da aflição, para a existência de um dano moral. E, em que pese o maior relevo que ora se confere à primeira corrente, há iterativa jurisprudência de nossos Tribunais Regionais Federais que abraça esse outra vertente sobre a necessidade de prova concreta do dano moral.

De fato, é de se compreender que a delonga injustificável e não razoável do processo administrativo no INSS, para a apreciação de benefício previdenciário pode sim ser ofensiva à dignidade, porquanto a incerteza do amparo administrativo acarreta insegurança e aflição pessoal para o interessado; notadamente naquelas hipóteses em que o pedido tem o fim de substituir a renda do segurado nos momentos de impossibilidade física de desempenho de atividade remunerada. A configuração do dano moral, nesta esteira, ocorrerá quando a demora não se justificar pelas circunstâncias do caso ou quando este for sobremaneira grave que exigiria um tratamento mais célere pelo INSS.

3.4. A configuração do dano moral pela demora no processo administrativo no INSS pelo prisma da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

Partindo do pressuposto acima delineado, cumpre ilustrar o debate com precedentes judiciais que reconhecem o dano moral por demora no processamento administrativo. Nas hipóteses narradas, o dano moral foi reconhecido em face da constatação da angústia e do sofrimento psicológico advindo da delonga não razoável na apreciação do pedido. Outrossim, ponderou-se em reforço, a essencialidade do benefício, em regra de valor mínimo, para a sobrevivência do interessado.

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DEMORA NA APRECIAÇÃO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO DE BENEFÍCIO AO INSS. NÃO LOCALIZAÇÃO DO PROCESSO. SITUAÇÃO QUE PERDURA POR ANOS. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS.
> Incumbe à parte interessada a apresentação das provas que pretende produzir nos autos (art. 333 do CPC), salvo manifesta impossibilidade.
> Cabia à própria autora obter cópias ou certidões de objeto e pé dos processos 4.465/02 e 1.838/97, para buscar as informações que julgasse pertinentes à presente ação.

Não tem razão a autora quando postula a indenização por danos materiais, visto que não restou comprovada nos autos a efetiva existência de danos emergentes ou lucros cessantes.
A eventual perda representada por proventos não percebidos é matéria que deve ser discutida e decidida na ação que foi proposta para a obtenção da aposentadoria por seu marido ou que a própria autora tenha ajuizado para requerer pensão por morte.
Não cabe a indenização diante de alegação meramente hipotética de que a autora ou seu marido poderia ter obtido rendimentos em aplicações na caderneta de poupança dos proventos em questão, visto que se trata de mera conjectura, sem lastro em dados fáticos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
Inegáveis os danos morais sofridos pela autora e seu falecido marido, representados pela angústia e sofrimentos decorrentes da não localização do processo administrativo em que havia sido requerida aposentadoria especial e, depois do indeferimento, da conversão em aposentadoria por tempo de serviço, situação que perdurou por anos.
Sem dúvida, trata-se de situação angustiante, em que se torna evidente a presença do sofrimento psicológico que constitui pressuposto para a indenização por dano moral, mormente diante do fato de que o marido da autora encontrava-se doente e veio a falecer no ano de 1998, sem ter uma definição do seu requerimento.
A indenização de R$ 13.000,00 é assaz baixa diante de tudo que passaram a autora e seu marido, devendo este valor ser elevado a R$ 30.000,00 (trinta mil reais), em valores atuais, com atualização a partir da data deste julgamento e juros moratórios de 6% ao ano, a partir da citação, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando os juros passam a ser equivalentes à Taxa SELIC, nos termos do art. 406 do citado código.
Razoável a elevação dos honorários advocatícios a 15% do valor da condenação.
Apelação parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, AC 2002.61.05.002167-7, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, j. 07/07/2011, e-DJF3 15/07/2011)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CONDUTA OMISSIVA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 37, § 6º, DA CF) - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE - ATRASO NA IMPLANTAÇÃO - PRAZO EXCESSIVO - MORA ADMINISTRATIVA CONFIGURADA - DANOS MORAIS - COMPENSAÇÃO DEVIDA - SUCUMBÊNCIA.
1. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
2. Na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ adota a responsabilidade subjetiva, de sorte a reclamar a presença de culpa ou dolo do agente público para a configuração do dever de indenizar.
3. Contudo, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional.
4. A mora administrativa no cumprimento das decisões judiciais apenas se configura se ultrapassado prazo razoável para que o INSS se organize e proceda à implantação do benefício previdenciário. Precedentes desta E. Turma.
5. *Na hipótese vertente, o benefício previdenciário concedido judicialmente à autora foi implantado mais de um ano após a intimação da autarquia federal, prazo que se revela excessivo e justifica*

a compensação dos danos morais, sobretudo em face da natureza alimentar das parcelas devidas e das condições de saúde da autora.
6. Considerando os parâmetros amplamente aceitos pela jurisprudência do C. STJ e as particularidades do caso concreto, revela-se irreparável o montante fixado pelo juízo de origem, a saber, R$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais).
7. Sucumbência mantida nos termos da sentença. Princípios da causalidade e proporcionalidade.
8. Apelação desprovida.
(TRF 3ª Região, AC 0001071-92.2008.4.03.6125, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 18/02/2016, e-DJF3 02/03/2016)

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESTÃO NÃO RESOLVIDA EM PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO ÓRGÃO COLEGIADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO DO INSS, RESULTANDO EM ATRASO NA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO A SEGURADO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDESTES DESTE TRF.
1. O art. 300 do CPC determina ao réu, na contestação, alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido. No caso, o INSS não alegou a ilegitimidade ativa da parte autora na contestação ou nas alegações finais, pedindo seu exame perante o Tribunal, na apelação. No entanto, não tendo a questão sido proposta, nem discutida e muito menos resolvida pelo Juízo singular, descabe o seu pronunciamento pelo Tribunal, sob pena de abolir-se o primeiro grau de jurisdição, incorrendo-se em indevida supressão de instância. Recurso não conhecido no tocante.
2. *Embora esta Corte venha decidindo, em diversos precedentes, não se poder alçar qualquer abalo ou dissabor à condição de dano moral, ocorre que, quando efetivamente demonstrado o dano ao ofendido e a ação ou omissão imputável à Administração, decorrente, por exemplo, de erro grosseiro do ente público para com o administrado, no caso, do INSS para com o segurado, é cabível a reparação civil do dano. Na espécie, verifica-se a demora da autarquia em implantar o benefício de aposentadoria ao segurado, após concedido judicialmente o amparo, devendo, portanto, ser mantida a sentença que acolheu o pedido inicial, condenando o INSS à indenização pretendida pela parte autora.*
3. Apelo conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.
(TRF 4ª Região, AC 2007.70.09.003969-2, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 04/08/2009, e-DJF4 19/08/2009)

PREVIDENCIÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – DANO MORAL – DEMORA INJUSTIFICADA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
I - *A condenação imposta ao INSS foi consequência do longo período que transcorreu entre a data de requerimento do benefício (22/05/97) e o início do efetivo pagamento que se deu em agosto de 2007, ou seja, após mais de 10 (dez) anos do requerimento administrativo indevidamente indeferido pela autarquia previdenciária.* O autor só teve o reconhecimento de seu direito à percepção do benefício após a interposição de recurso administrativo que demorou muito a ser julgado. Depois de longa espera, o INSS reconheceu que o segurado já fazia jus ao benefício desde quando o requereu, tanto que o implantou com DIB em 22/05/1997 (fl. 244). *Como bem ressaltado pela sentença de piso a demora injustificada na concessão do benefício empenha a responsa-*

bilidade civil do Poder Público e o segurado não pode ser penalizado com tão longa espera, já que o mesmo não contribuiu para que ela acontecesse. Nesse passo, restam evidentes o transtorno e o abalo sofridos pelo Autor, ficando desprovido do recebimento de seu benefício, frise-se, de natureza alimentar.
II - A fixação do *quantum* relativo ao dano moral deve levar em conta seu duplo caráter, compensatório e punitivo. Nesse aspecto, entendo razoável e proporcional às circunstâncias do caso concreto o valor de R$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), equivalente a 10 salários-mínimos à época, conforme fixado na sentença de piso, razão pela qual não merece reforma.
III - Embargos de Declaração parcialmente providos para sanar a omissão apontada, sem contudo atribuir efeitos infringentes ao julgado.
(TRF 2ª Região, ApelReex 2009.51.01.808206-4, Primeira Turma Especializada, Relator Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 31/05/2011, e-DJF2 09/06/2011)

PREVIDENCIÁRIO – RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - REVISÃO DE PERÍODOS DE TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - LIMITES À REVISÃO DE ATOS DE QUE DECORRAM EFEITOS FAVORÁVEIS PARA O PARTICULAR POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE PROVIDAS.
I - O procedimento revisional da Autarquia Previdenciária, apesar de ter iniciado no ano de 1997, com a notificação do beneficiário em 11/10/2007 ocorreu a interrupção da contagem do referido prazo. Considerando que o benefício foi concedido no ano de 1996, e que os efeitos da Lei nº 9.784/99, também previstos no art. 103-A, da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei nº 10.839, de 2004, são contados da sua vigência, conclui-se que o referido procedimento foi instaurado dentro do prazo, não havendo que se falar em decadência da administração pública para rever o benefício em questão;
II - De acordo com os formulários trazidos aos autos, a parte autora laborou, nos períodos de 01/02/84 a 01/10/90 e de 01/10/90 a 09/08/93, exposta, de modo habitual e permanente, a eletricidade, fazendo, assim, jus ao cômputo dos respectivos períodos como tempo de serviço especial, eis que tal atividade se enquadra nos Anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79;
III - Desse modo, correto o tempo de serviço apurado pelo INSS no Resumo de Documentos para Cálculo de Tempo de Serviço, o qual serviu de base para concessão do benefício. Indevida a suspensão do benefício, deve o mesmo ser restabelecido a partir de 01/12/2007, pagando os atrasados, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora, conforme consignado na r. sentença;
IV - *A medida adotada pelo Instituto-réu em não revisar o benefício, o retardamento injustificado do trâmite da auditoria e, ainda, o seu cancelamento indevido, com a privação do seu pagamento, cuja verba, frize-se* (sic), *é de natureza alimentar, provocou no autor angústia e sofrimento, configurando-se, assim, o dano moral com base em presunção* hominis *ou* facti, *de modo que, em situações como a presente, configura-se o dano* in re ipsa, *independentemente de prova específica*
V - A fixação do *quantum* relativo ao dano moral deve levar em conta seu duplo caráter, compensatório e punitivo. No presente caso, a r. sentença, ao fixar o *quantum* devido a título de indenização por danos morais, o fez no valor de R$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais). No entanto, considero razoável e proporcional às circunstâncias do caso concreto o valor que ora arbitro em 20 salários mínimos da época da prolação

da sentença, o que corresponde a R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais);
VI - Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providas, tão-somente para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais).
(TRF 2ª Região, ApelReex 2008.51.51.036030-8, Primeira Turma Especializada, Relator Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 22/02/2011, e-DJF2 02/03/2011)

Na outra ponta, impende apresentar também as situações em que os Tribunais Regionais Federais denegam a compensação por dano moral. Apenas cumpre registrar, *concessa maxima venia*, que em algumas hipóteses a indenização foi rechaçada em função da existência da condenação patrimonial em juros e correção monetária, fato que não pode se confundir com o mister de reparar o dano moral.

Com efeito, destaque-se que a recomposição dos danos materiais só preenche a lesão no aspecto patrimonial e não na seara da proteção dos valores da personalidade. Nesse ponto, estaríamos a retroceder para a época anterior à Constituição Federal de 1988 em que se não diferenciava o dano moral do material.

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. INSS. DEMORA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. INOCORRÊNCIA. ART. 515, § 3º, CPC. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. ATRASO DENTRO DA RAZOABILIDADE. INÉRCIA NÃO CONFIGURADA. DESCONHECIMENTO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IRRELEVÂNCIA. DESÍDIA PROCESSUAL.
I- O prazo prescricional de ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".
II- A responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos é subjetiva, sendo imprescindível a comprovação do não funcionamento, mau funcionamento ou do funcionamento a destempo do serviço.
III- *O pequeno atraso na implantação do benefício não é apto a ensejar a reparação por danos morais, porquanto condizente com o princípio da razoabilidade, sendo que eventual prejuízo causado à parte poderá ser reparado mediante a execução da multa diária por descumprimento cominada na aludida sentença.*
IV- É dever da parte interessada acompanhar o andamento do processo, não lhe socorrendo a alegação de que não teria tomado conhecimento da implantação do benefício previdenciário.
V- Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa sua execução enquanto persistirem os motivos ensejadores do deferimento do benefício da justiça gratuita, nos termos dos arts. 3º, V, e 12, ambos da Lei nº 1.060/50.
VI- Apelação parcialmente provida, para afastar a ocorrência da prescrição trienal e, no mérito, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar improcedente o pedido.
(TRF 3ª Região, AC 2009.61.19.009572-0, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, j. 26/05/2011, e-DJF3 02/06/2011)

CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DEMORA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.
I - Caso no qual pretende o autor indenização por dano moral, decorrente do transcurso de dois anos entre o requerimento e a concessão da aposentadoria pelo INSS.

II - Primeiramente, ao contrário do que alega o apelante, não se trata de hipótese em que o benefício só foi concedido em razão da propositura da demanda, eis que não houve antecipação da tutela deferida nos autos, e o INFBEN de fl. 117 não informa implantação por determinação judicial, sendo o caso, realmente, de perda superveniente do objeto.
II - *O transcurso de dois anos entre o requerimento administrativo da aposentadoria e sua efetiva concessão não enseja, ao contrário do alegado, dano moral, eis que não caracterizada qualquer anormal má prestação do serviço público pela Autarquia. Ademais, como visto, já foi providenciado o pagamento das parcelas atrasadas (fl. 135).*
III - Tal hipótese não se confunde com a simples demora anormal e injustificada na apreciação do requerimento do benefício, na qual, em tese, seria discutível a reparação pelos danos morais. Ao contrário, as decisões administrativas foram proferidas em prazo compatível com a realidade brasileira. O procedimento envolve fases, desde o primeiro indeferimento, e deve ser especialmente considerado o expressivo número de benefícios previdenciários submetidos à análise da autarquia anualmente.
IV - Acrescente-se que não foi demonstrado, in concreto*, qualquer vexame, constrangimento ou intenso sofrimento provocados por conduta lesiva do Instituto-Réu, capazes de ensejar o dano moral alegado.*
V - Apelação a que se nega provimento.
(TRF 2ª Região, AC 2009.51.16.000222-0, Primeira Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Abel Gomes, j. 28/06/2011, e-DJF2 08/07/2011)

DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INSS - DEMORA NA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - APELAÇÃO IMPROVIDA.
Apelação Cível interposta pela Parte Autoral, em face da sentença de 1º grau, que julgou improcedente o pedido de condenação da Parte Ré/Apelada – Instituto Nacional do Seguro Social –, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, pelo fato de haver indeferido ilegalmente seu requerimento de concessão de benefício de pensão, pela morte do seu companheiro, ocorrida em 07 de abril de 1985, e a obtenção judicial do benefício de pensão por morte, concedido por acórdão com trânsito em julgado em 28 de agosto de 2006.
Os alegados danos materiais não foram comprovados, outrossim, houve o pagamento das parcelas que a Parte Autoral deixara de receber, acrescidas de correção monetária e juros de mora (fl. 33).
O direito à indenização por dano moral decorrente de violação à honra ou imagem das pessoas é assegurado pelo art. 5º, inciso X, da CRFB/88, objetivando atenuar sofrimento físico ou psíquico decorrente de ato danoso que atinge aspectos íntimos ou sociais da personalidade humana.
Verifica-se que a recorrente não logrou trazer aos autos qualquer elemento apto a comprovar eventuais danos sofridos. *A demora na obtenção de benefício previdenciário, embora certamente traga aborrecimentos à vida do pleiteante,*

> *é esperada, e até mesmo justificável, quando houver dúvidas acerca do mérito da concessão.*
> *Não é todo e qualquer ato administrativo que contrarie o interesse do segurado que dá ensejo ao pagamento de danos morais.*
> Mantida na íntegra a sentença de 1º grau de jurisdição. Recurso improvido.
> (TRF 2ª Região, AC 2009.51.01.809959-3, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Reis Friede, j. 27/10/2010, e-DJF2 09/11/2010)

3.5. Da responsabilidade da Administração Pública pelos atos omissivos que ocasionam a demora injustificável nos processos administrativos.

A análise da responsabilidade administrativa encontra amparo no parágrafo 6º do artigo 37 do Texto Maior, que explicita a hipótese objetiva de responsabilização do Estado pelos atos de seus agentes. Há intenso debate sobre a teoria aplicável para os atos omissivos da Administração, posto que, consoante se depreende da literalidade do dispositivo, a dispensa da análise da culpa estaria condicionada à existência de um ação positiva.

Nessa linha de raciocínio, se o Estado se omitiu – seja porque o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente – seria imprescindível que a culpa do agente responsável fosse comprovada para que se impusesse a obrigatoriedade da reparação. Deveras, a despeito do grande peso dos juristas que corroboram tal distinção, a proposta não pode ser desconsiderada.

Para os opositores da diferenciação entre ação e omissão dos atos estatais, haveria uma uniformidade no tratamento da responsabilidade administrativa, a qual, em face do risco inerente à atividade, deveria sempre receber tratamento objetivo, dispensando-se a comprovação da ação negligente, imprudente ou imperita do representante do Poder Público.

O caso concreto, entretanto, nem sempre se amolda, com clareza, a uma das hipóteses de ação ou omissão despertando um debate mais complexo sob o ponto de vista pragmático. É exatamente nessa singularidade que se deve compreender a dinâmica da responsabilização do INSS pela delonga injustificável nas decisões de concessão de benefícios previdenciários e assistenciais.

Como já pontuado, o estabelecimento da razoabilidade do prazo para o processamento administrativo do pedido no INSS tem de levar em consideração os elementos do caso concreto, porquanto a necessidade de se conferir a veracidade dos dados informados, muitas vezes, via pesquisa externa, justifica a duração maior do processo. Igualmente é de se analisar se a demora não está vinculada a algum ato de incumbência da própria parte.

Como solução, poderíamos ponderar as teorias objetivas e subjetivas da responsabilidade administrativa e instituir uma inversão do ônus da prova na comprovação da culpa do agente público. E dizer: não se estaria a aplicar de plano a responsabilidade objetiva, todavia, na mesma sorte, não se estaria a exigir da parte a comprovação da culpa do INSS; caberia a própria autarquia previdenciária comprovar que a demora, a princípio, não razoável, se justifica pelos elementos específicos do caso, como a não colaboração da parte e a complexidade dos fatos. Essa inclusive é a direção apontada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região no excerto que abaixo se reproduz:

> INDENIZATÓRIA. DANO MORAL E MATERIAL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FRAUDE. VALOR DESCONTADO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. INSS. LEGITIMIDADE PASSIVA.
> 1. Legitimidade passiva do INSS, um (*sic*) vez que a autora, ao perceber a ocorrência do desconto indevido, dirigiu-se à agência do INSS para obter informações e providências, sendo certo que, mesmo após o seu compareci-

mento, a autarquia não tomou qualquer providência no sentido de averiguar se o contrato feito em seu nome era legítimo, tendo, inclusive, permitido que mais uma parcela fosse descontada do seu benefício (fl. 32). Assim, descumpriu a autarquia a IN INSS/DC nº 121/05 (republicada no DOU de 11/07/05 com alterações posteriores), que dispõe acerca do procedimento a ser adotado no caso de reclamação do beneficiário.

2. Em relação ao INSS, verifica-se a omissão da autarquia na medida em que deveria ter ela atuado de acordo com o estabelecido pela IN INSS/DC nº 121/05, o que não se verificou, tanto que, após a reclamação realizada pela autora em uma de suas agências, permitiu que mais uma parcela do empréstimo por ela não contraído fosse descontada de seu benefício.

3. O Banco Santander agiu sem a diligência necessária quando da formalização do contrato de empréstimo consignado nº 0033000005762939999, o que se comprova pelo simples confronto entre a assinatura aposta no referido contrato, acostado à fl. 175, e a assinatura que consta do documento de identidade da autora (fl. 18), tendo, portanto, agido a instituição financeira com culpa, na modalidade negligência.

4. *Em relação ao INSS, a culpa não pode ser presumida em face da responsabilidade objetiva estipulada na Constituição Federal, uma vez que o dano experimentado pela autora derivou de uma omissão por parte da Administração Pública, que deixou de agir de acordo com os procedimentos estabelecidos pela IN INSS/DC nº 121/05. Trata-se, portanto, de caso de responsabilidade subjetiva por ato omissivo do ente público.*

5. No caso em tela, caberia à autora comprovar a culpa do INSS, no sentido de não ter a referida autarquia se pautado dentro do determinado pela norma legal, no sentido de formalizar a reclamação realizada pela segurada na ouvidoria e solicitar da instituição financeira o envio da comprovação das informações pertinentes ao contrato celebrado e da prévia e expressa autorização da consignação.

6. *Trata-se da prova de fato negativo, de difícil, se não impossível, produção por parte do segurado, casos em que autoriza-se a inversão do ônus da prova, de modo que competiria ao INSS provar que agiu de acordo com o estabelecido na IN INSS/DC nº 121/05.*

7. A autarquia, no entanto, nada comprovou, limitando-se a contestar a ação sob as alegações de ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação e de responsabilidade exclusiva da instituição financeira.

8. No que tange ao Banco Santander, instituição financeira de direito privado, conquanto, em primeira análise, haja a necessidade de prova da culpa para a sua responsabilização, deve-se ressaltar que, em se tratando de relação de consumo, "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos" (art. 14, *caput*, CDC).

9. Ainda que assim não fosse, é de se ressaltar que a prova da negligência da instituição financeira restou devidamente comprovada nos autos, conforme já mencionado anteriormente, pelo confronto entre os documentos de fls. 18 e 175.

10. O dano material, aqui, é de fácil mensuração, devendo corresponder ao prejuízo de ordem patrimonial suportado pela autora, correspondente, no caso, aos valores, em dobro, que foram descontados de sua aposentadoria, na forma do art. 42, parágrafo único do CDC.

11. Quanto o dano moral sofrido, este se encontra presente na medida em que levarmos em consideração o valor irrisório da maioria dos benefícios previdenciários (no caso da autora, R$ 2.165,98), sendo certo que qualquer redução em seu valor compromete o próprio sustento do segurado e de sua família.

12. O arbitramento do *quantum* indenizatório deve obedecer aos critérios da

razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a indenização cumpra a sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo, sem, contudo, permitir o seu enriquecimento sem causa.
13. Na presente ação, analisadas as peculiaridades que envolveram o caso, com o desconto comprovado de duas parcelas do empréstimo do benefício da autora (totalizando R$ 657,38), bem como os dissabores daí advindos, que tiveram de ser suportados pela autora, entendo que a indenização fixada na sentença (R$ 23.250,00) merece ser reduzida para o patamar de R$ 10.000,00, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao caráter pedagógico/punitivo da indenização e à impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido, evitando-se a perspectiva do lucro fácil.
14. Presente o nexo causal, uma vez que o dano à autora ocorreu em virtude da conduta dos apelantes, havendo, portanto, o dever de indenizar.
15. Apelações a que se dá parcial provimento apenas para reduzir o valor da indenização pelos danos morais ao patamar de R$ 10.000,00.
(TRF 3ª Região, AC 2006.61.83.008317-3, Terceira Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 09/06/2011, e-DJF3 01/07/2011)

Por esse traçado, caberia ao INSS comprovar por que não obedecera o prazo de 30 dias para expedir a decisão e o prazo de 5 dias para a realização de cada diligência na fase de instrução, tal qual previsto no artigo 49 e 24 da Lei nº 9.784/1999.

4. Considerações finais.

Sobre a temática, foi possível destacar que a análise da responsabilidade do INSS na demora para proferir uma decisão no processo administrativo não pode trilhar diretamente a esteira da responsabilidade objetiva, sem se analisar a culpa *lato sensu* da autarquia. Com efeito, há de se sublinhar que a omissão aqui destacada deve ser temperada pela proporcionalidade, inclusive por inexistir um parâmetro consensual de qual seria a mensuração do tempo razoável para se prolatar a decisão administrativa.

Cabe, por último, frisar que a desculpa do acúmulo de processos não se presta a amparar a delonga desproporcional, sob pena de se retirar a força normativa do compromisso constitucional do direito fundamental à razoável duração do processo.

É inegável que, ao se conferir novos contornos ao instituto do devido processo legal, é dizer, ao se qualificar o procedimento com a exigência da celeridade, materializamos a almejada noção do processo como instrumento de proteção de direitos fundamentais.

Referências bibliográficas.

ALBUQUERQUE, Eduardo Henrique Videres de. A Emenda 45 e o direito à duração razoável do processo. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18450/A_Emenda_45_e_o_Direito_%C3%A0_Dura%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante de C. Dano moral e direito previdenciário. *In*: 19º Congresso Brasileiro de Previdência Social, 2006, São Paulo. *Jornal do Congresso*. São Paulo: LTR, 2006, p. 26-31.

PERDIGÃO, Christiane. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. Artigo apresentado na disciplina "Constituição e Relações Privadas" do Curso de Mestrado da FDC, sob orientação do Professor Dr. Leonardo de Andrade Mattiero.

POMPEU, Wandisa Loreto Edilberto. A proteção aos desamparados pela previdência social: a constitucionalização dos danos morais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 209-237, ago. 2011.

PORTANOVA, Daisson. Suspensão de benefício e dano moral pelo ato ilegal da autarquia. *RPS*, ano XXX, n. 302, p. 6-10, jan. 2006.

SANTOS, Milton Fernando dos. Dano moral como produto social – visão restritiva e conservadora do Poder Judiciário quando o ato ilegal é praticado pela autarquia previdenciária. *Revista de Direito Social*, n. 17, p. 121-136, 2005.

UGOLINI, Juliana Ribeiro. O dano moral nas ações securitárias. *In*: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2648>. Acesso em: 16 nov. 2011.

Os limites do bem-estar no Brasil

Flávio Roberto Batista

Professor Doutor do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Autor da obra "Crítica da tecnologia dos direitos sociais", pela Dobra/Outras expressões.

1. Introdução

O objetivo do presente ensaio é debater, sob uma ótica crítica do direito, os limites do bem-estar – assim entendido o conjunto de políticas de proteção social que se convencionou chamar, na história europeia, de *welfare state*[1] – no contexto das economias capitalistas de inserção periférica, com olhar especialmente voltado ao caso brasileiro. Em outras palavras, o problema colocado sob análise consiste em investigar de que forma a dogmática dos direitos sociais e suas dificuldades podem incentivar ou limitar a construção de um Estado de bem-estar social para fornecer dados à análise sobre a possibilidade de que o direito contribua para a emancipação humana e em que termos.

Este ensaio não pode ser compreendido em todas as suas implicações de forma autônoma. Ele se articula intimamente com a produção acadêmica recente do autor, à qual o leitor será remetido quando pertinente, evitando com isso a repetição de abordagens que já foram desenvolvidas com mais vagar e profundidade em outras sedes. A despeito disso, não será possível furtar-se a sumariar algumas proposições teóricas formuladas anteriormente, de tal sorte que o texto buscará constantemente evitar, além da repetitividade, o risco de tornar-se lacunoso.

O método seguido na exposição, na medida das limitações teóricas e pessoais do autor, é a crítica da tecnologia jurídica inau-

1 Será adotado aqui o seguinte e sintético conceito: "Por Estado de Bem-Estar se pode entender uma determinada concepção de conformação estatal, baseada na intervenção social e econômica que levam, a efeito, alguns Estados liberal-democráticos contemporâneos. Uma análise da evolução do Estado Moderno mostra diversas experiências de intervenção social, econômica e – mais recentemente – cultural do Estado". CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. *In*: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2005, v. 1, p. 25.

gurada por Pasukanis[2] e desenvolvida por outros juristas,[3] sempre tendo como referencial epistemológico o materialismo histórico-dialético. Assim sendo, a ideia é articular uma interpretação dos direitos sociais em relação com o Estado sem perder de vista as categorias dogmáticas que organizam esse fenômeno no nível jurídico, para que o trabalho logre cumprir o objetivo de formular, efetivamente, uma crítica imanente do direito.

Diante de tais objetivos e do método proposto para sua abordagem, o ensaio desenvolver-se-á investigando, inicialmente, em que termos os direitos sociais se colocam perante a dogmática jurídica. A partir daí, será necessário investigar a relação entre a proteção social e o Estado na contemporaneidade, para depois concentrar-se na organização do financiamento do Estado nos diversos momentos de sua história ao longo do século XX e, por fim, as implicações daí advindas para a dogmática jurídica dos direitos sociais, esperando, com isso, alcançar os objetivos propostos em conclusão.

2. Apontamentos críticos para uma teoria geral dos direitos sociais

O tema desta seção foi tratado de forma mais extensa e, por assim dizer, menos jurídica, na tese de doutoramento do autor.[4] Ali estão desenvolvidos todos os pressupostos científicos para o tratamento da questão segundo o materialismo histórico-dialético e uma análise aprofundada do caminho teórico antecedente à elaboração do autor, trilhado por Pasukanis e Edelman. Em duas outras oportunidades, o autor retornou ao tema: em produção voltada a leitores não jurídicos, com o objetivo de demonstrar a intrínseca vinculação entre a crítica do direito e a teoria marxiana do valor;[5] e em exame do tratamento emprestado por Pasukanis ao tema da ideologia jurídica, em que o objetivo era contextualizar o tema no diálogo que o autor empreende com as teorias marxistas da normatividade mais populares em seu tempo.[6] Neste ensaio, a preocupação com o tema volta-se a um aspecto mais diretamente ligado à dogmática jurídica, com o fito de examinar as transformações provocadas pelos direitos sociais na teoria geral do direito e suas repercussões para uma dogmática jurídica e uma leitura de teoria do Estado.

A teoria geral do direito desenvolveu-se, tradicionalmente, como uma teoria da normatividade. Isso significa, parafraseando a obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.,[7] que

2 "Podemos concordar com Karner (isto é, Renner), quando afirma que a ciência do direito começa onde termina a dogmática jurídica. Mas daí não se conclui que a ciência do direito deva simplesmente lançar fora as abstrações fundamentais que exprimem a essência teórica da forma jurídica. A própria economia política começou efetivamente o seu desenvolvimento pelas questões práticas, extraídas sobretudo da esfera da circulação do dinheiro". PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 13.

3 "Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento. Se a ciência jurídica apenas nos pode dizer como essa regra funciona, ela encontra-se reduzida a uma tecnologia jurídica perfeitamente insatisfatória". MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005, p. 23.

4 BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Dobra/Outras expressões, 2013.

5 BATISTA, Flávio Roberto. Teoria do valor-trabalho e ciências sociais aplicadas: a contribuição teórica da crítica da economia política à crítica dos direitos sociais. *Anais do II Encontro Internacional Teoria do Valor-Trabalho e Ciências Sociais*. Brasília: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, p. 353-65, 2014.

6 BATISTA, Flávio Roberto. O conceito de ideologia jurídica em teoria geral do direito e marxismo: uma crítica a partir da perspectiva da materialidade das ideologias. *Revista Verinotio*, n. 19 – Dossiê Pachukanis, Belo Horizonte: UFMG, maio 2015.

7 "Veja, por exemplo, a seguinte situação: alguém vai estacionar o carro numa rua; o jornaleiro da esquina, incomodado pelo carro diante de sua banca, chega e diz ao motorista: 'aqui é proibido estacionar'. Nessa asserção, estão presentes o funtor (é proibido) e o relato ou conteúdo (a descrição da ação de estacionar). O vínculo relacional ou cometimento está adequadamente expresso pelo funtor: 'é proibido', o qual mostra uma relação de autoridade. Todavia, qualquer um percebe que não se trata de uma norma jurídica. Se, porém, não é o jornaleiro, mas um guarda de trânsito que diz: 'Aqui é proibido estacionar', a situação muda. O motorista percebe que está diante de uma norma jurídica". FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 170.

seu principal objetivo é esclarecer porque, em condições sociais normais, um motorista tiraria o carro estacionado em um local proibido quando interpelado para tanto por um policial, mas não necessariamente o faria quando abordado com o mesmo objetivo pelo proprietário da banca de jornal em frente à vaga em questão. Essa percepção pode ser transbordada para várias outras realidades – para ficar em apenas mais um exemplo, a diferença entre o Estado cobrar o tributo e o líder religioso cobrar o dízimo.

Os dois exemplos mencionados constituem uma tradução, de certa forma coloquial, do que é uma teoria da normatividade: uma constante busca por uma identificação entre o conceito de direito e o conceito de conjunto de normas jurídicas impostas coercitivamente. Tal identificação, no contexto das teorias contemporâneas da normatividade, é indissociável da ideia de Estado. Eis aí o cerne do positivismo jurídico em suas múltiplas variantes. A grande nota distintiva entre o direito e outros contextos normativos, como a moral e a religião, residiria em que o Estado possui meios coercitivos de impor a norma jurídica, ao contrário de outros atores sociais, como as diversas organizações religiosas. Em outras palavras, após muita dedicação de tempo e esforço em pesquisas teóricas jurídicas, conclui-se que o direito é um ato de força. Alguns dos autores que tentam avançar em sentido diferente – Boaventura de Sousa Santos,[8] para ficar em apenas um exemplo – buscaram a identificação de uma multiplicidade de ordens jurídicas que coexistem, quase como que ordens estatais paralelas, o que é uma decorrência necessária da ideia de direito como força, ou colocaram outras mediações entre o direito e a força, como o consenso presumido de terceiros, mas com o fundamento último sempre na imposição estatal.

As razões para a dominância de tais teorias estão ligadas à Revolução Francesa, aqui tomada não como evento isolado ou sequência de eventos, mas como um símbolo da conjuntura histórica situada na passagem do século XVIII para o XIX.

O final do século XVIII é o momento em que o Estado contemporâneo constitui-se enquanto tal. Até este momento, o Estado, se é que se pode atribuir tal denominação universalmente ao fenômeno da associação política,[9] tinha características completamente diferentes das hoje conhecidas. O Estado

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In*: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 107-117.

9 "O Estado, tal qual se apresenta na atualidade, não foi uma forma de organização política vista em sociedades anteriores da história. Sua manifestação é especificamente moderna, capitalista. Em modos de produção anteriores ao capitalismo, não há uma separação estrutural entre aqueles que dominam economicamente e aqueles que dominam politicamente: de modo geral, são as mesmas classes, grupos e indivíduos – os senhores de escravos ou os senhores feudais – que controlam tanto os setores econômicos quanto os políticos de suas sociedades. Se alguém chamar por Estado o domínio antigo, estará tratando do mando político direto das classes econômicas exploradoras. No capitalismo, no entanto, abre-se a separação entre o domínio econômico e o domínio político". MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 17.

contemporâneo surge atrelado ao direito que, por sua vez, também se reafirma nesse mesmo momento histórico em sua atual configuração, com características diferentes das anteriores. Esse acoplamento entre Estado e direito gera consequências muito importantes, das quais a ânsia pela normatividade é, do ponto de vista teórico, a principal.

A partir desta constatação, torna-se possível compreender porque os estudos de história do direito saltam de Roma para o século XVIII e a razão pela qual os juristas medievais, chamados de glosadores e comentadores, usavam o Digesto de Justiniano como direito vigente. Os atuais estudos de direito romano restringem-se, ordinariamente, ao direito privado, que não tinha nenhuma relevância social na sociedade romana, já que era de aplicação restrita a um grupo populacional minúsculo dos chamados *paterfamilias*, única camada social que detinha plena capacidade perante o direito. Se se pretende estudar a sociedade romana por meio do assim chamado "direito",[10] é necessário estudar o regime da escravidão ou dos tributos. O mesmo raciocínio cabe em relação ao "direito" medieval. O trabalho dos glosadores e comentadores sobre o Digesto é, em perspectiva histórica, irrelevante, já que o dado central para o entendimento da sociedade feudal por meio de sua regulação seria o estatuto dos laços de suserania e vassalagem, que adotava, em verdade, uma feição pessoal-religiosa e não jurídica.

No intervalo entre o fim do Império Romano e o século XVIII, a humanidade vivenciou transformações muito drásticas. As categorias hoje tratadas como do direito privado romano, que parecem muito antigas, foram, em verdade, transplantadas do direito contemporâneo para Roma, em busca de uma semelhança que é muito remota.[11] Esta remota semelhança deriva da articulação entre dois fatos: em primeiro lugar, o fato de que o direito privado romano foi edificado sobre as trocas mercantis entre os patrícios; segundo, de que na sociedade contemporânea a relação de troca torna-se a base da sociabilidade, com sua universalização, representada pela inclusão de virtualmente todas as pessoas num mercado de força de trabalho. Este último fenômeno torna necessário que todos sejam sujeitos de direito livres e iguais em direitos e obrigações, com uma vontade livre para criar obrigações a si mesmos como contrapartida a direitos subjetivos de terceiros que são reflexos de suas obrigações. Em outras palavras, ficam universalizadas todas as categorias básicas da teoria geral do direito. Entendê-las a partir do papel que essas categorias desempenham na sociedade leva à compreensão de sua especificidade na contemporaneidade, de seu surgimento na passagem dos séculos XVIII para o XIX. Leva à compreensão das razões pelas quais os artigos que abrem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[12] e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948[13] são quase perfeitamente idênticos: porque seu conte-

10 A expressão encontra-se entre aspas porque não é possível, com rigor teórico, falar em direito na sociedade romana. A constatação foi tomada de empréstimo de Márcio Bilharinho Naves, que alude, em sua mais recente obra ao "impossível direito romano". NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Dobra/Outras Expressões, 2014, p. 68. As razões para tanto estão ligadas ao eixo teórico que movimenta toda a obra referida: o conceito de especificidade histórica do direito, que é assim estabelecido: "Desse modo, podemos considerar que em Marx o direito é essa forma social *sui generis*, a forma da equivalência subjetiva autônoma. A nosso ver, esse conceito capta as determinações essenciais da análise do direito que Marx realiza em sua obra de maturidade, especialmente em *O capital*, e, considerando a sua análise do processo de subsunção real do trabalho ao capital, afirma a especificidade burguesa do direito, permitindo que se estabeleça uma demarcação nítida entre o fenômeno jurídico e outras formas sociais – consideradas pela tradição como sendo também jurídicas – próprias das formações sociais pré-burguesas". *Ibidem*, p. 87. Note-se que o tratamento que é feito por Alysson Leandro Mascaro com sobre o Estado, conforme referência acima, é análogo a este.

11 *Ibidem*, p. 77-79.

12 "Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum".

13 "Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

údo não foi posto por algum Estado valendo-se dos meios coercitivos à sua disposição, mas representa a única maneira que o direito contemporâneo conhece de operar – a forma jurídica. Entender o direito é entender a forma jurídica.

O direito, portanto, só opera com sujeitos de direito, o que deriva do fato de todos terem que ser proprietários de si mesmos para celebrar contratos de trabalho, de modo que todos nascem sujeitos de direito livres e iguais em direitos e obrigações. Se o direito somente opera com sujeitos e se o Estado contemporâneo surge atrelado ao direito, o Estado só opera dentro do direito enquanto um sujeito de direito. Ou seja, o Estado contemporâneo é o Estado pessoa jurídica, e como tal está submetido ao direito. É precisamente por esta razão que o Estado contemporâneo se constitui enquanto tal na condição de estado democrático de direito. Ele se torna sujeito de direito como qualquer indivíduo. O que o diferencia dos sujeitos de direito particulares é a quantidade de direitos subjetivos de titularidade de cada um. O Estado goza de uma quantidade muito maior de direitos subjetivos, chamados de poderes estatais, todos eles regulados e submetidos ao direito. O Estado não pode fazer o que quer, mas o que a lei manda. Esse é o conteúdo contemporâneo da distinção entre direito público e privado.

Nesse contexto, os direitos sociais, numa primeira aproximação, ainda na superfície mais técnica, representam um desafio à tentativa de sua elaboração enquanto categoria unitária. Esse desafio parte da constatação de que suas duas principais manifestações aparecem difusamente, sem uma articulação teórica *a priori*: o direito do trabalho surgindo numa relação entre particulares, tradicionalmente pertencente ao direito privado, e o direito da seguridade social numa relação entre o Estado e o particular, ordinariamente inserida no direito público. Essa discrepância desarranja a distinção entre público e privado, principalmente perante o pensamento positivista, acostumado a raciocinar com categorias estanques.

Atualmente, a doutrina mais avançada caminha para afirmar que a categoria dos direitos sociais não diz respeito à diferenciação entre público e privado, mas atravessa esta distinção, surgindo em qualquer dos lados dela sempre que houver um sujeito de direito numa situação de diminuição desta condição.[14] Se o sujeito de direito opera com direitos subjetivos que são reflexos de obrigações, ele não depende de ninguém, ele exige o que lhe é de direito. O direito social aparecerá sempre que as circunstâncias fáticas colocarem esse sujeito submetido ao arbítrio ou à caridade de outro, ou seja, numa situação de hipossuficiência.

O conceito de hipossuficiência como fundamento da diferenciação do direito social foi sendo burilado pela doutrina ao longo de décadas, após surgir pela pena de Cesarino Júnior, grande pioneiro do tratamento teórico do direito social, com a conformação de hipossuficiência econômica.[15] As relações

14 "Portanto, os princípios e postulados dos direitos sociais podem nortear tanto as relações de direito privado, quanto de direito público, havendo apenas que se dimensionar, no âmbito destes, quando aquele se encontre presente. A presença seria indicada, acreditamos, em função de uma situação de hipossuficiência (estado jurídico) que não seria necessariamente econômica. Não há necessidade, portanto, de uma relação de hipossuficiência (estado jurídico) que protraia no tempo, bastando uma situação ou estado de sujeição decorrente de uma inferioridade, ainda que momentânea, que reduz o homem a uma condição desumana. Trata-se de uma sujeição que diminui toda e qualquer condição referente ao estado de humanidade. É claro que em um país pobre como Brasil, no mais das vezes, esta situação acaba defluindo de uma sujeição econômica, embora isto não seja indispensável". SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social?. *In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, v. I, p. 24-25.

15 Já em 1939, ainda antes da publicação de sua primeira obra, no discurso intitulado *Introdução ao direito social*, proferido por ocasião do lançamento do Instituto do Direito Social, por ele idealizado, Cesarino Júnior, destacava que "Direito Social é o complexo de princípios e leis imperativas que, tendo em vista o bem commum, objectivam auxiliar a satisfazer ás necessidades vitaes próprias e de suas famílias aos indivíduos que, para tanto, necessitam do producto de seu trabalho". CESARINO JR., Antonio Ferreira. Introducção ao direito social. *Archivo Judiciario*, v.

contemporâneas mostram que nem sempre é econômica a hipossuficiência que justifica a intervenção de um direito social, pois ela nem sempre é perene, podendo ser pontual. Assim, a doutrina contemporânea fala em hipossuficiência jurídica ou de *status*, no sentido de que sempre que, no caso concreto, independentemente do contexto mais amplo ou do conjunto das relações por ele travadas, um sujeito estiver submetido em relação a outro, numa relação não paritária, o direito social virá reequilibrar aquela situação.

Quando se começa a trabalhar com a ideia de hipossuficiência jurídica – o ápice da teoria dos direitos sociais até o momento – percebe-se a distinção nebulosa entre dois planos de análise, o da aparência e o da essência. No plano da aparência, os direitos sociais trazem mais um desafio à teoria do direito, representado pela supressão da vontade livre. Essa supressão aparenta contrapor-se à base teórica de compreensão da categoria sujeito de direito, já que, sendo ele livre e igual em direitos e obrigações, somente se obrigará por sua própria vontade em contrapartida a uma obrigação assumida por um terceiro, gerando os direitos subjetivos reflexos e recíprocos. Perceba-se, inclusive, que essa análise não é limitada ao direito privado, já que as teorias mais populares do direito público dão conta de que, num passado remoto fictício, todos os seres humanos teriam hipoteticamente escolhido dar poderes ao Estado para criar leis, de modo que, no limite, até a obrigação do cumprimento da lei se dá apenas por sua própria vontade. O direito público não é a negação, mas a exacerbação da ideia de vontade livre do sujeito de direito. Diante de tais constatações, estaria o direito social negando a categoria sujeito de direito ao suprimir sua vontade?

Um exemplo emblemático do que aqui se coloca é o da chamada "pejotização",[16] isto é, a contratação de empregados como se fossem prestadores de serviços autônomos, fraudulentamente. Diante deste tema, é comum a objeção de que considerar o trabalhador "pejotizado" como empregado é um equívoco do direito do trabalho, já que ele também assentiu, por sua própria vontade livremente manifestada, com aquela situação. Daí a importância da distinção dos planos da aparência e da essência. Quando as declarações de direitos dizem que o ser humano nasce livre e igual, não se trata de um acidente. "Livre" e "igual" são os atributos da vontade humana que circulam no plano da aparência e são o cerne do direito. O direito só funciona enquanto manifestação de liberdade e igualdade. Estes dois conceitos integram a forma jurídica porque são ínsitos à ideia de sujeito de direito. O sujeito de direito é por definição livre e igual. Essas ideias são necessárias para seu funcionamento.

Porém, quando em uma relação assimétrica, como a relação entre empregado e empregador, se o direito prestigia a liberdade da vontade de cada envolvido acaba sendo sacrificada a igualdade da troca em favor da liberdade dos sujeitos num grau tamanho que fica ameaçada a própria manutenção regular das relações jurídicas. Se as trocas mercantis sancionadas pelo direito, e especialmente a troca de força de trabalho por salário, forem tornadas regularmente desiguais pelo prestígio à liberdade, este fenômeno ameaça o próprio fundamento da sociabilidade. Assim, pelo recurso aos direitos sociais, sacrifica-se na aparência a vontade livre para preservar o núcleo da ideia de sujeito, que é a igualdade jurídica, de modo que a saúde da sociabilidade mediada pelo direito fique preservada. As mesmas ponderações poderiam, em princípio, ser aplicadas ao direito do consumidor,

LI, Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia, jul./set. 1939, p. 39.

16 Ainda estão em andamento no Congresso Nacional os debates acerca do projeto de lei que tem o objetivo de autorizar indiscriminadamente a terceirização em qualquer tipo de atividade, o que está intimamente relacionado ao problema da "pejotização". Portanto, esta discussão sobre o papel da vontade livre na caracterização de um vínculo entre sujeitos submetido aos ditames do direito social, aparentemente teórica, está, portanto, na ordem do dia da vida material de milhões de trabalhadores.

com o que se nota que até o direito privado clássico vem, em alguma medida, sendo tributário dessas concepções. O sacrifício da liberdade ocorre em aparência, pois o trabalhador ou o consumidor "querem" renunciar a seus direitos somente quando premidos pelas circunstâncias fáticas. Essencialmente, não há qualquer liberdade de vontade. Se não houver também igualdade essencial, o fundamento da sociabilidade ruirá, pondo abaixo toda a estabilidade do sistema.

O exemplo do direito do trabalho, entretanto, persiste sendo melhor que o do direito do consumidor porque, se é pouco plausível que se encontre um consumidor lesado que afirme ter sido lesado por sua própria vontade, por ter assinado sem ler adequadamente um contrato de adesão, é bastante comum ouvir de um trabalhador "pejotizado" que seria "imoral" ou "errado" acionar judicialmente seu empregador uma vez que tenha manifestado sua concordância com essa forma de contratação.

As perturbações provocadas pelos direitos sociais na teoria geral do direito, em razão da relação de acoplamento entre direito e Estado na contemporaneidade, determinam igualmente a necessidade de examinar as transformações enfrentadas pelo Estado desde o final do século XVIII até este início de século XXI. Este será o objeto da seção seguinte.

3. Estado e bem-estar: uma relação econômica e política

O que ficou proposto até aqui é que a teoria do direito é estudada de maneira subordinada à teoria do Estado, na forma de uma teoria da normatividade. Porém, é importante observar que a constituição do Estado contemporâneo, simbolizada pela Revolução Francesa, juntamente com as transformações que ela desencadeia no direito, sugerem o contrário, que a teoria do Estado deve ser subordinada à teoria do direito. Esse é o âmago

da ideia de Estado Democrático de Direito. É importante perceber em que termos se coloca essa relação, porque o Estado contemporâneo surge com a única e exclusiva função de garantir o bom funcionamento do direito.

É evidente que a garantia da aplicação do direito ocorre como exceção e não como regra. Trata-se de constatação que pode ser lida em autores tão antípodas como Kelsen[17] e Lukács:[18] se o direito precisasse ser imposto a todos os sujeitos a todo momento, ele não seria factível. O direito só é factível porque todas as pessoas, de modo geral, compor-

17 "Já acima fizemos notar a outro propósito que a validade de uma norma, isto é, o devermo-nos conduzir tal como a norma determina, não deve confundir-se com a eficácia da norma, isto é, com o fato de que as pessoas efetivamente assim se conduzem. Mas também fizemos notar que pode existir uma relação essencial entre estas duas coisas – que uma ordem coercitiva que se apresenta como Direito só será considerada válida quando for globalmente eficaz". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

18 "De início, é naturalmente impossível tratar-se aí apenas de prescrições ou ordens, como se tornou mais tarde função de governos, de sistemas de direito. Porém, mesmo nesses casos, que só aparecem em níveis relativamente mais elevados da sociabilização (sociedades de classes), pode-se observar que seria impossível seu funcionamento se tivessem de se impor em todos os casos, até na maioria deles, diretamente como ordens de regulamentação (por meio de castigo). Ao contrário, cada uma dessas regulamentações pressupõe que a maneira prática do agir comum dos membros da sociedade siga 'voluntariamente', pelo menos externamente, essas prescrições; só diante de uma minoria a coerção do direito deve e pode tornar-se de fato eficaz". LUKÁCS, György. *Prolegômenos para uma ontologia do ser social*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 46-47.

tam-se de acordo com ele e a necessidade de sua imposição pelo Estado surge apenas no desvio. Essa percepção é fundamental para compreender o motivo pelo qual é preferível tratar o direito como forma do que como normatividade. O direito está na reiteração das relações sociais, independentemente de sua imposição. O Estado vem apenas para garantir o funcionamento adequado das relações jurídicas e isso explica porque o Estado contemporâneo surge sob o ponto de vista econômico como Estado liberal. É constitutivo da ideia de Estado contemporâneo que ele só serve para fazer o direito funcionar bem. Nessa configuração do Estado, portanto, a proteção social decorre invariavelmente de iniciativas pontuais e desorganizadas, decorrentes de pura empatia governamental. É o que pode ser chamado de concepção caritativa ou filantrópica de proteção social. Para além desse tipo de iniciativa, aplica-se a máxima popularizada no Brasil pelo Presidente Washington Luís: a questão social não passa de caso de polícia.

Se o direito opera nessa lógica de sujeito de direito, direito subjetivo e obrigação, o que o Estado deve fazer para cumprir integralmente sua função é assegurar a propriedade e o cumprimento dos contratos, bem como, é claro, a normalidade da circulação de mercadorias. Em outros termos: polícia, Poder Judiciário e obras públicas. Essa configuração do Estado contemporâneo não é acidental, faz parte do contexto de seu surgimento. Trata-se de uma ideia à qual a humanidade se aferrou por um século e meio. Aliás, a humanidade demorou tanto a ser convencida de que talvez o Estado liberal não fosse tão eficiente que sequer a Primeira Guerra Mundial foi suficiente para tanto. Apenas o advento da Crise de 1929 foi decisivo para um movimento maciço de abandono do liberalismo numa escala que abarcasse ao menos todo o Ocidente.

Os dois momentos históricos mencionados são duas formas diferentes de expressão do mesmo fenômeno: uma crise econômica de proporções mundiais. Tais crises manifestam-se das formas mais diversas – conflitos bélicos de proporções catastróficas (1914-1918 e 1939-1945), quebras em cadeia no mercado de valores mobiliários (1929), quedas abruptas nos preços no mercado mundial de *commodities* (1973 e 1979) ou uma sequência de quebras no setor de fornecimento de crédito bancário (2008) –, mas o fundamento da crise permanece o mesmo: não se consegue dar vazão à quantidade de mercadorias produzida e, assim, não se realiza o valor nelas contido, que se deteriora, provocando destruição de capital ao invés de sua reprodução. Toda crise econômica, sob o capitalismo, é uma crise de superprodução de mercadorias, excesso de mercadorias e falta de mercado consumidor.[19]

Foi para buscar uma forma de evitar as crises de superprodução que os Estados lançaram-se, ao longo do século XIX, numa espécie de segunda corrida colonial: era necessário expandir internacionalmente o mercado consumidor. A estratégia falhou, pois o excesso de candidatos a colonizadores, contrastando com a escassez de colônias, resultou na Primeira Guerra Mundial. Ainda assim, os Estados não estavam completamente

19 A formulação é, evidentemente, uma simplificação, mas útil para um argumento em que o conceito de crise não ocupa papel central. Uma advertência, entretanto, faz-se necessária: "Rebatida para cada um dos momentos essenciais da apresentação categorial, a dialética que conduz à desmedida aparece com conteúdo distinto, como vimos na primeira parte. A ênfase unilateral em apenas um deles é que originou na tradição marxista tantas variantes e polêmicas sobre o conceito de crise, que ora o reduziam à desproporção intersetorial, ou à queda tendencial da taxa de lucro; ora o definiam pelo subconsumo crônico das massas, versão na qual a originalidade de Marx se perde, pois autores como Sismondi e Rodbertus haviam entendido as crises justamente pelo subconsumo; ainda outros autores restringem a crise a fenômenos de caráter financeiro, baseados nos ciclos do capital dinheiro descritos na seção V do Livro III de *O Capital*. (...). A consideração não só do todo da obra, mas principalmente de sua arquitetônica, da articulação de suas partes, evidencia que quase todos esses conteúdos se manifestam nas crises reais, combinando-se de maneira complexa". GRESPAN, Jorge. Uma teoria para as crises. *In*: SAMPAIO JR., Plínio de Arruda. *Capitalismo em crise*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2009, p. 43-44.

convencidos sobre a necessidade de abandonar a forma liberal de Estado. É necessário enfatizar que o convencimento completo não ocorreu a despeito de os atores políticos da época terem uma clareza muito superior à dos atuais. Isso pode ser observado a partir do fato de que no Tratado de Versalhes, que põe fim à Primeira Guerra Mundial, cria-se a OIT. Não se trata de fenômeno acidental. A OIT é um mecanismo muito sofisticado para uniformizar o mercado mundial de mão de obra.[20] Também não é à toa que a OIT tenha sido a única parte do Tratado de Versalhes que sobreviveu à Segunda Guerra Mundial. A Liga das Nações foi desintegrada junto com tudo que a envolvia, exceto a OIT, que foi absorvida pela ONU, porque era central para o bom funcionamento da economia e do relacionamento entre os Estados.

A OIT foi um esforço importante, mas parcial, e isso só foi integralmente revelado pela Crise de 1929, uma nova crise de superprodução. Uma vez mais, os atores políticos da época foram muito sagazes. Ao se investigar a questão do Estado social do ponto de vista da teoria econômica, nota-se que quando Keynes escreve sua obra tratando do tema o *New Deal* já estava em desenvolvimento nos EUA havia algum tempo. O Estado social foi formulado politicamente e depois teorizado pelos economistas.[21] Havia essa percepção – a mesma que inspirou a criação da OIT, do *New Deal* e o surgimento do Estado social na Europa – de que se a crise é de superprodução, há excesso de oferta e falta de procura, excesso de produção e falta de consumo, o que é resolvido com a criação de mercado consumidor.[22] Se houve uma falha na criação de mercado externo colonial, é necessário criar mercado interno. Essa é a diferença entre os contextos da Primeira Guerra Mundial e da Crise de 1929.

A criação de mercado consumidor interno ocorre com a garantia de emprego a quem pode trabalhar e de renda a quem não pode. Por isso o Estado social se constitui pelo patrocínio de políticas de pleno emprego com condições ótimas de trabalho, donde o crescimento também dos direitos trabalhistas junto com os níveis de emprego,[23] e pela criação de um bom sistema de previdência e assistência social, de modo a redistribuir renda para o consumo. Os Estados fizeram isso manejando o endividamento público, ou, em linguagem coloquial, criando dinheiro. A incorporação dos recursos criados por meio do crédito público na economia geraria um ciclo que, acreditava-se à época, seria virtuoso, de produção e consumo. Isso eliminaria a possibilidade de crises. Mas a história mostrou que se tratava de um círculo vicioso. Demorou-se a perceber tal circunstância de vício, já que, tendo levado quase quarenta anos para atingir o limite do ciclo, havia uma sólida aparência de virtude. Atualmente, com parcos conhecimentos de economia é possível perceber a impossibilidade da manutenção indefinida no ciclo, já que, sendo parcialmente baseada no pleno

20 Veja-se, a respeito, que a primeira Convenção da OIT, adotada ainda em 1919, trata da duração máxima da jornada de trabalho. É muito sintomático que a primeira preocupação deste organismo internacional tenha sido a definição precisa dos limites da compra e venda da mercadoria força de trabalho.

21 "O fato de o uso do conceito de Estado de Bem-Estar ter origem acadêmica constituiu-se numa razão a mais para se prestar uma atenção especial às primeiras manifestações de concretização política da dimensão social do Estado". CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. *In*: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2005, v. 1, p. 33.

22 "(...). O Estado de Bem-Estar é, na verdade, uma adaptação do Estado burguês capitalista, ou seja, dos regimes baseados na Democracia pluralista. A plena articulação do Estado de Bem-Estar só pode funcionar com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático contemporâneo. Em primeiro lugar, as propostas do Estado de Bem-Estar tiveram como intenção garantir a acumulação capitalista – mediante a intervenção sobre a demanda – com a intenção de manter a estabilidade social. Em segundo lugar, o Estado de Bem-Estar proporcionou uma nova e importante dimensão à democracia, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos sociais". *Ibidem*, p. 26.

23 "Em síntese, o pleno emprego transformou-se no principal fundamento do processo de estruturação do mercado de trabalho organizado a partir do assalariamento, bem como possibilitou o acesso a um padrão relativamente homogêneo de bem estar". POCHMANN, Marcio. Segurança social no capitalismo periférico. *Nueva Sociedad*, edição especial em português, out. 2007, p. 84.

emprego, as pessoas empregadas produziriam cada vez mais e seria sempre necessário alguém para consumir. Para isso seria necessário criar mais empregos, o que redundaria em mais produção, numa progressão em escala geométrica. Toda escala geométrica em economia é insustentável, bastando observar os esquemas financeiros de pirâmide, que são até considerados criminosos.

Esse apertado resumo do que levou do Estado liberal ao social serve para embasar a compreensão de que os direitos sociais, no Estado liberal, eram um acidente, estabelecendo-se uma concepção caritativa ou filantrópica dos direitos sociais, que eram uma questão de empatia governamental. No Estado social, ocorre o exato oposto: os direitos sociais constituem o dado mais importante da política econômica do Estado, juntamente com o manejo do endividamento público que é subordinado aos direitos sociais.[24] Daí falar-se em uma concepção econômico-política dos direitos sociais sob o modelo de Estado social. Eles integram a própria arquitetura do Estado, constituem um aspecto indispensável.

O Estado social se arruína entre as décadas de 1970 e 1980, por conta de uma nova crise muito mais dramática que as anteriores. O Estado ficou imobilizado na crise do petróleo da década de 1970. Depois de passar pelo liberalismo, numa perspectiva minimalista de sua atuação na economia, e pelo Estado de bem-estar social, sua maior expressão, e as duas alternativas terem redundado em crises de proporções mundiais, era necessária uma reinvenção do Estado. O neoliberalismo, que é a resposta que surge nesse período do ponto de vista da política estatal, não é somente uma escolha política, é quase uma imposição dos fatos.[25] Se o Estado social é sustentado pelo manejo do endividamento público e ele vem à ruína, o endividamento público precisa acabar, sob pena de uma destruição de forças produtivas em proporções nunca antes vistas, com risco de barbárie. A única medida que o Estado poderia adotar consistia em enxugar seu tamanho, essa era a resposta impositiva das circunstâncias.

O grande problema é que o enxugamento do Estado também gerava a tendência de agravar a crise: se a crise surgiu com o Estado patrocinando boa parte do consumo, sem esse patrocínio a crise só pode se agravar. Se a crise da década de 70 não somente não piorou, como foi, em certo sentido, superada, isso não se deve à atuação do Estado nesse contexto. Até hoje muitos atribuem o sucesso econômico pós-crise ao neoliberalismo, o que não faz o menor sentido a partir de um raciocínio econômico simplório. O fato é que a economia, dessa vez, se rearticulou de forma muito inventiva, embora perversa. A saída dessa crise não foi gestada na política, como em 1929, mas na própria economia, por meio de uma coleção imensa de fenômenos. Segue um sucinto tratamento dos mais relevantes deles. Trata-se do que vem sendo chamado de transição pós-fordista.[26]

Fala-se em transição pós-fordista porque o modelo de produção e acumulação que estava implícito nos quarenta anos de Estado social era o da produção em série. Na produção em série, os bens produzidos são iguais por muito tempo. Isso tem efeitos no mercado de consumo: a substituição dos bens

24 "A emergência do Estado do Bem-Estar Social está fundamentalmente vinculada ao abandono da concepção liberal clássica de que somente as forças livres do mercado seriam o meio ideal para abolição das classes, das desigualdades e dos privilégios, conforme originalmente consagrado por Adam Smith. Tempos depois disso, as críticas ao liberalismo deram vazão ao processo de desmercantilização da sociedade capitalista conduzido por forte pressão social organizada e operado por um novo tipo de Estado. Em outras palavras, nota-se a consagração de uma importante politização das ações de natureza pública introjetada pelo Estado, com a finalidade de restringir o papel das forças do livre mercado. Assim, quase um monopólio representado pelo Estado, em maior ou menor grau, foi difundido no centro do capitalismo mundial, com as funções de conceder proteção social a todos os cidadãos e garantir a edificação". *Ibidem*, p. 79.

25 Margaret Thatcher, tida como a pioneira da política neoliberal, costumava usar a expressão "there is no alternative", que não deixa de ter seu fundo de verdade.

26 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

ocorre apenas por seu perecimento. Os bens de consumo eram duráveis. Com a crise, os economistas a serviço das empresas, sabendo que o consumo era necessário e que não havia como o Estado patrociná-lo, passaram a intensificar o consumo dos que podiam consumir ao invés de buscar novos consumidores. Existe um conjunto de medidas que suporta essa política: obsolescência programada; maior flexibilidade da produção, com o abandono da produção em série e maior diferenciação dos produtos; o reforço das estratégias de marketing que cria necessidades;[27] etc. Isso significa, do ponto de vista econômico, uma redução da quantidade de pessoas necessárias para manter e ampliar o padrão social de consumo. O resultado é a desnecessidade de um grande contingente de pessoas no mercado de consumo, as mesmas pessoas que já eram desnecessárias para a produção que foi robotizada também no contexto da produção pós-fordista. Com isso os ponteiros se acertam – há mais consumo, com menos empregos e o Estado mais enxuto – exceto para as pessoas tornadas desnecessárias.

Essas pessoas tornadas desnecessárias não permitem afirmar que no Estado neoliberal se retorne a uma concepção caritativa dos direitos sociais como no Estado liberal. Com o descarte das pessoas do processo de produção e de consumo, os direitos sociais deixam de ser um dado central de política econômica, mas eles se tornam um dado central da política de gestão da miséria. A esse respeito, a aguda percepção de Marco Aurélio Serau Jr.:

> O que está em crise, na verdade, é o próprio paradigma assegurador do Estado-Providência: os riscos sociais não são mais percebidos como homogêneos ou aleatórios. Além disso, nem tudo é risco: há estados permanentes como a exclusão ou o *desemprego estrutural*, que provocam a exclusão de vastos segmentos sociais do alcance da proteção social. A *precariedade* e a *vulnerabilidade* são mais relevantes que a noção de risco, atualmente, e demonstram a defasagem dos antigos instrumentos de gestão do social.[28]

O Estado neoliberal é apresentado a um problema novo, representado por contingentes de miseráveis nunca vistos nem no período do Estado liberal. Esses contingentes precisam ser geridos de acordo com escolhas políticas em sentido próprio. Os direitos sociais são uma das formas de gerir a miséria, um pouco mais popular na Europa. A outra é o direito penal, mais popular na América.

O melhor lugar para visualizar isso é a obra de Loïc Wacquant,[29] cujo nome é fantástico porque sintetiza essa ideia: *Punir os pobres*. Ali ele analisa as políticas americanas de gestão da miséria. É uma elaboração teórica baseada em dados estatísticos que são estarrecedores, visto que mostram que o público das políticas sociais é o mesmo público encarcerado a partir da década de 1980, e o desmonte do Estado social ocorre concomitantemente à escalada do encarceramento e do movimento de lei e ordem, gastando os mesmos recursos. Há várias elaborações sobre as razões disso, principalmente versando sobre a limpeza social e sobre a dimensão econômica, que é particularmente importante para este raciocínio. Nos Estados Unidos da América, boa parte dos presídios são instituições de caráter privado, controlados pelos grandes conglomerados econômicos, de modo que se

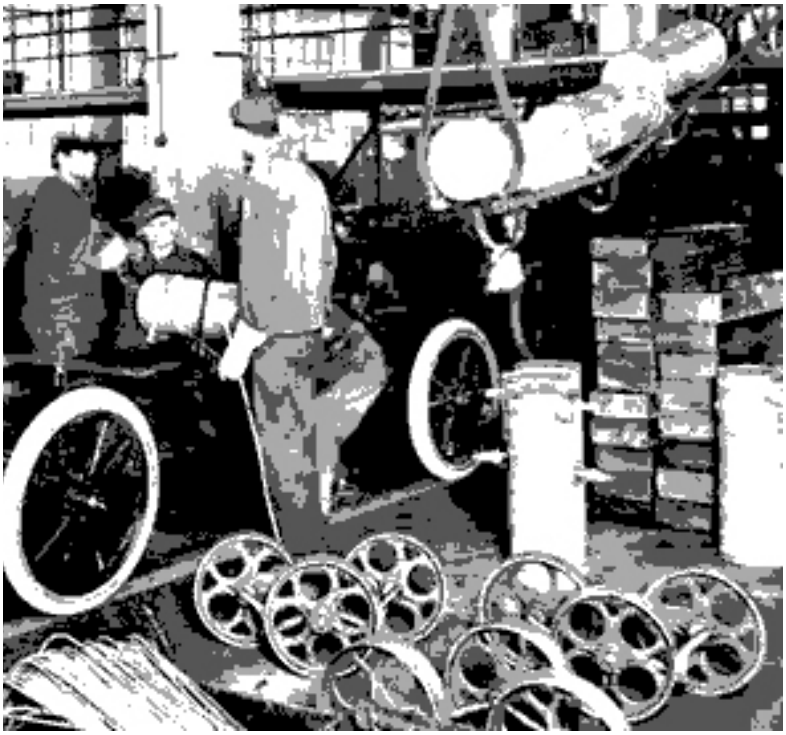
27 Já na própria delimitação do conceito de mercadoria, no capítulo inaugural de *O Capital*, Marx antevia a possibilidade de que o capitalismo pudesse desenvolver necessidades que não estivessem diretamente vinculadas à sobrevivência material: "A mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa que, por meio de suas propriedades, satisfaz necessidades humanas de um tipo qualquer. A natureza dessas necessidades – se, por exemplo, elas provêm do estômago ou da imaginação – não altera em nada a questão". MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 113.

28 SERAU JR., Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2014, p. 45, destaques do original.

29 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

vê como economicamente mais interessante na perspectiva do Estado a injeção de recursos nas *holdings* do que na população pobre, até em razão do padrão de consumo desta.

Feita esta caracterização dos diferentes modelos de Estado e sua relação com as políticas de proteção social, cabe observar em que medida essas transformações provocam consequências para a dogmática jurídica brasileira, especialmente em uma área pouco explorada, mas muito importante, deste problema: o debate sobre o custeio da seguridade social. Nesse ponto o debate será trazido para a realidade nacional. Este será o objeto da seção seguinte.



4. O financiamento do Estado no segundo pós-guerra: direito tributário, direito financeiro e direito da seguridade social no caso brasileiro

Márcio Pochmann adverte com muito argúcia: "Para países como o Brasil, a análise a respeito da proteção social requer considerar inicialmente a condição de pertencimento à periferia econômica, prisioneira do subdesenvolvimento".[30] Embora o país tenha, em linhas gerais, observado as três fases do Estado e sua relação com os direitos sociais – Estado liberal, Estado social e Estado neoliberal –, temos, de um lado, a necessidade de considerar que aqui jamais houve a plena implementação de um Estado de bem-estar social em moldes europeus, bem como que a neoliberalização encontra-se, em verdade, num processo de idas e vindas que já se aproxima de seu trigésimo ano e que atravessou governos das mais diversas tonalidades políticas.

Nesse cenário, a tentativa da Constituição de 1988 de estabelecer um Estado de bem-estar social no Brasil tem enfrentado duros golpes desde sua promulgação, representados pelas constantes tentativas, muitas vezes bem sucedidas, de reformas redutoras de direitos.[31] Este problema, entretanto, apenas tangencia a questão da crítica da dogmática jurídica, observando-se que as retrações de direitos decorrentes de reformas constitucionais envolvem, invariavelmente, a alteração do ordenamento jurídico. O que há de

30 POCHMANN, Marcio. Segurança social no capitalismo periférico. *Nueva Sociedad*, edição especial em português, out. 2007, p. 86.

31 Para um desenvolvimento mais detalhado da questão, no âmbito da seguridade social, v. BATISTA, Flávio Roberto. Reformas da previdência sob o prisma do custeio e da distribuição de benefícios: um olhar de totalidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, v. XXIV, n. 117, p. 17-30, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/fileadmin/docs/revista/NOVA_PAGINA/REVISTA/PDF/revista_edicao_117.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015.

mais relevante a enfocar agora, entretanto, é a dificuldade de concretização de direitos ligados ao bem-estar social ainda que os mesmos não passem por processos de diminuição de sua previsão normativa. Se é difícil que isso ocorra com direitos especificamente previdenciários – embora não se possa olvidar a questão do reajuste periódico dos benefícios, fortemente influenciada pelo problema ora debatido –, uma vez que os mesmos tem demandas precisas, decorrentes do implemento dos requisitos legalmente previstos, as áreas de assistência social e saúde, demandas altamente elásticas e cujas previsões de direitos são muito mais fluidas, estão fortemente sujeitas a flutuações de implementação decorrentes de questões orçamentárias. E há uma questão da dogmática jurídica brasileira cujo exame é capaz de revelar toda a problemática da política e do Estado que cerca o financiamento do bem-estar no país: a natureza jurídica das contribuições para o custeio da seguridade social. É disso que se passa a tratar agora.

A discussão sobre a natureza jurídica do financiamento da seguridade social é feita, tradicionalmente, à luz da determinação da natureza tributária ou não tributária das contribuições para o custeio da seguridade social. Este debate deve, necessariamente, partir do conceito de tributo positivado pelo Código Tributário Nacional – CTN:

> Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Antes de tratar da dogmática jurídica tributária, é indispensável uma advertência. O CTN é uma das peças legislativas mais curiosas do ordenamento jurídico brasileiro, porque se baseou em projeto elaborado pelo estudioso mais proeminente do direito tributário à época, Rubens Gomes de Sousa. Justamente em razão dessa característica, o CTN traz conteúdos pouco comuns a um texto normativo, como conceitos e classificações, e sua compreensão nunca é plena de forma autônoma e fragmentária, mas apenas em sua articulação interna, como se faria com uma obra teórica.

É exatamente o que se passa com o conceito de tributo, que não é suficiente, por si só, no contexto do CTN. A doutrina tributária clássica afirma que nem todo instituto que corresponder aos elementos do conceito será um tributo. É necessário, para além disso, que a figura se encaixe na classificação das espécies tributárias, que também é normativa, incorporada ao CTN e, desde 1988, à própria Constituição, em seu artigo 145. Por ela os tributos são divididos em vinculados e não vinculados e os vinculados são divididos em taxas e contribuições de melhoria. Os tributos não vinculados são os impostos.

O termo "vinculado" tem três acepções distintas em direito, cada uma pertencente a certo ramo, mas que confluem no direito da seguridade social. A primeira acepção a tornar-se relevante é a administrativa, que está integrada ao próprio conceito de tributo. Em direito administrativo, vinculada é a atividade administrativa em que não há margem para juízos de conveniência e oportunidade, ao contrário do que ocorre na atividade administrativa discricionária. Seu uso no conceito de tributo significa, portanto, que, uma vez verificada a prática do fato descrito na hipótese de incidência, sua cobrança será impositiva, não havendo possibilidade de qualquer apreciação do administrador.

Por outro lado, em direito tributário, diz-se vinculado o tributo cuja hipótese de incidência que lhe origina tem por conteúdo uma atividade do Estado: a prestação de serviço público específico e divisível, exercício do poder de polícia ou obra pública. Não é o que acontece com os impostos, em que as hipóteses de incidência são fatos independentes da atividade do Estado: auferir renda,

prestar serviços, industrializar produtos, etc. A vinculação, portanto, refere-se à hipótese de incidência e não ao tributo em si, já que, da perspectiva do direito tributário e da cobrança dos valores pertinentes, não há qualquer diferença ontológica entre cobrar um imposto e uma taxa.

Em direito financeiro, vinculação é o exato oposto: determinação, previamente à arrecadação, do destino da verba. Por exemplo, na época em que vigente, cobrava-se Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF já sabendo que ela seria obrigatoriamente usada no financiamento da saúde.[32] Portanto, tratava-se de cobrança vinculada não porque sua hipótese de incidência estava vinculada a uma atividade do Estado, mas em razão de que o resultado da arrecadação já tinha destino identificado.

A contraposição entre o sentido tributário e o sentido financeiro de vinculação fica bem marcada pela disposição do artigo 4º do CTN:

> Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
> I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
> II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

O direito tributário, portanto, preocupa-se exclusivamente com a origem dos recursos e a forma de sua obtenção, enquanto o direito financeiro ocupa-se prioritariamente do emprego dos recursos, estabelecendo uma ligação entre ingressos e dispêndios no contexto do Estado. Para o direito tributário clássico, o destino da verba é irrelevante, ainda que nos tributos vinculados, como as taxas. Isso é central para sua boa compreensão. Não importa para onde são destinados os recursos na classificação de uma figura como tributo e na definição de seu regime jurídico. O exemplo por excelência é o empréstimo compulsório, que tem natureza tributária mesmo sendo devolvido ao contribuinte, unicamente porque o destino da verba, ainda que seja sua devolução, não interfere em sua natureza, que é determinada exclusivamente pelo motivo e forma de cobrança.[33]

Para um tributarista clássico, não bastaria, portanto, dizer que as contribuições de seguridade social correspondem ao conceito de tributo, mas seria necessário classificá-las como impostos, taxas ou contribuições de melhoria. Diante disso, há duas posturas possíveis perante o direito tributário: alguns autores buscam enquadrar cada uma das contribuições de seguridade social em uma dessas três categorias, enquanto outros dizem que, por não se encaixarem em nenhuma delas, as contribuições não poderiam ser consideradas tributos. Por outro lado, há autores que sustentam que essa classificação está ultrapassada, e que as novas formas de relacionamento entre Estado e contribuinte demandam novas classificações. Trata-se da cisão entre a classificação tripartite e quinquipartite dos tributos, que propõe a existência de duas novas categorias: empréstimos compulsórios e contribuições sociais. A grande questão colocada pela chamada classificação quinquipartite é que o que distingue essas duas categorias das demais é o destino dos recursos, de modo que

32 Lei nº 9.311/1996, artigo 18: "O produto da arrecadação da contribuição de que trata esta Lei será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde, sendo que sua entrega obedecerá aos prazos e condições estabelecidos para as transferências de que trata o art. 159 da Constituição Federal".

33 "Quarta espécie tributária vem prevista no art. 148 da CF. É o empréstimo compulsório. Já se disse que não se cuida de tributo, porque este não é empréstimo e não é empréstimo, porque é compulsório. Em verdade, deixando de lado filigranas, desde que haja a obrigação legal de entregar dinheiro aos cofres públicos, de tributo se cuida. É irrelevante para sua natureza jurídica a destinação legal do produto da arrecadação (inciso II, do art. 4º do CTN). Segundo observa Regina Helena Costa, tal aspecto é 'desinfluente na sua qualificação'. O Supremo Tribunal Federal já entendeu que 'o empréstimo compulsório é espécie tributária'". OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 195.

essa chamada atualização do direito tributário, a bem da verdade, rompe com um dos seus pilares e dilui o direito tributário no direito financeiro. Essa distinção perde a razão de ser.

A relevância deste debate está ligada ao motivo que desencadeou, no exercício do poder estatal, as novas espécies de cobranças que provocaram essas transformações do direito tributário. Antes dessa discussão dogmática é necessário um passo prévio: por que essas contribuições surgem de forma diversa dos tributos e originam essa discussão? A resposta encontra-se na mudança de característica do Estado, analisada na seção anterior.

A tributação existiu de maneira idêntica por vários séculos porque o Estado manteve sua pauta de atividades: primariamente, um aparato de defesa e um aparato judicial, necessários à manutenção da propriedade e para assegurar o cumprimento dos contratos, e, secundariamente, obras públicas e prestações de serviços públicos esparsos. Com isso, ele se bastava com impostos, taxas e contribuições de melhoria, observada a questão de que o fundo comum de despesas do Estado era custeado pelos tributos não vinculados, cabendo a cobrança dos tributos vinculados apenas quando efetivamente prestado um serviço público, exercido o poder de polícia ou realizada uma obra pública. Começa a ser inserida, já nos tributos vinculados, a ideia sinalagmática de prestação e contraprestação.

Durante o século XX, o Estado começa a incorporar novos âmbitos de atuação, o que exige novas maneiras de financiamento. O fato é que isso se dá de forma apartada do custeio das suas despesas ordinárias: por meio de endividamento público e de novas técnicas financeiras e orçamentárias que dão origem a esse novo tipo de cobrança. Daí a dificuldade de tocar de forma exclusivamente dogmática o debate da natureza jurídica das contribuições sociais. Não se trata de questão meramente teórica, como o prova a discussão no contexto estadunidense sobre as mudanças no sistema de saúde. Ali, o argumento do Partido Republicano tratava exatamente da necessidade de novo custeio antes da assunção de uma nova atividade pelo Estado, o que evoca, na ótica dessa vertente política, a questão ainda mais profunda: o Estado deve ampliar sua atuação a esse ponto?

A esse respeito, Ricardo Lobo Torres pondera:

> As contribuições sociais readquiriram em 1988 a natureza tributária em decorrência da nova topografia constitucional, eis que estão localizadas formalmente no corpo da Constituição Tributária. (...). Parece-nos que, do ponto de vista da ciência do direito constitucional tributário, a contribuição social se conceitua melhor como ingresso parafiscal do que como entrada fiscal. É a arrecadação do *Parafisco*, isto é, dos órgãos paraestatais incumbidos de prestar serviços paralelos aos da Administração, através de orçamento especial, que convive com o orçamento fiscal (art. 165, § 52, CF). Destina-se a fornecer recursos para atividades não essenciais do Estado ligadas à garantia dos direitos sociais, e não à proteção dos direitos fundamentais.[34]

Observe-se a nítida colocação do problema, embora em texto com objetivo completamente distinto: todo o problema das técnicas orçamentárias e fiscais resume-se, a rigor, na consideração do caráter fundamental dos direitos sociais e, consequentemente, na obrigatoriedade ou disponibilidade do Estado em relação a sua garantia. Todo o questionamento dogmático em torno das contribuições de seguridade social parte de uma pressuposição do paradigma liberal segundo o qual as obrigações do Estado estariam limitadas à garantia da propriedade, do cumprimento dos contratos e da circulação de mercadorias. Ignora-se, nesse debate, a centralidade que o bem-estar social ocupou

34 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 415, destaques do original.

na política econômica ao longo do século XX. É sintomático, aliás, que essa discussão seja retomada apenas em tempos de neoliberalismo, quando o bem-estar social desloca-se da política econômica para a gestão da miséria, após ter ficado adormecida durante os anos de sucesso do *Welfare State*, em que não era razoável questionar a indispensabilidade dos direitos sociais para o Estado. Daí Torres afirmar que as contribuições "readquiriram" sua natureza tributária: na vigência da Constituição de 1969, com a redação dada pela Emenda nº 8/1977, era pacífico no STF o entendimento de que as contribuições não ostentavam natureza tributária.[35]

Esta ideia de necessidade de financiamento específico para as ações de proteção social continua contida em nossa Constituição, em que um dos princípios do custeio da seguridade social é o princípio da contrapartida ou da prévia fonte de custeio. É este o fundamento da separação entre os orçamentos fiscal e da seguridade social, estabelecida no artigo 165, § 5º, da Constituição Federal.

Outros dados importantes para o problema podem ser obtidos percorrendo a temática das possíveis naturezas não tributárias das contribuições de custeio da seguridade social. No direito tributário, a teoria mais popular é tautológica: chama as contribuições de exações não tributárias. Assim, utiliza-se um novo nome para replicar o mesmo conteúdo negativo. Fora do direito tributário, há a teoria do prêmio de seguro, que está ultrapassada, porque refere-se, na melhor das hipóteses, exclusivamente aos sistemas de seguro social. No Brasil, isso não se aplica mais desde o texto da Constituição de 1988, além de uma outra e necessária crítica, que é a pressuposição de que o financiamento da seguridade social deve ficar concentrado na massa salarial, algo que está na origem dos atuais problemas do sistema de previdência social, como se verá adiante.

35 V. RE 86.595/BA, Pleno, Ministro Xavier de Albuquerque, j. 07/05/1978, DJ 30/06/1978.

As teorias salariais, especialmente a teoria do salário socialmente diferido, são as mais adequadas. Quando as ciências sociais tratam do tema do salário, apenas o direito o faz por uma perspectiva individual. Isso se dá necessariamente porque no âmbito jurídico o salário é uma prestação no contexto de um contrato celebrado entre sujeitos, sempre na perspectiva individual: empregador e empregado. Em todas as outras ciências sociais, não faz sentido tratar o salário pela perspectiva individual. Na economia ou na sociologia, o salário de cada indivíduo é irrelevante, apenas a massa salarial importa. Daí a maior popularidade das teorias salariais fora do direito.

Nesse contexto, a massa salarial é a quantidade de recursos transferida de uma classe a outra – empregadores para trabalhadores – para sua sobrevivência individual e familiar.[36] Ao longo do século XX, partes da sobrevivência dos trabalhadores foram repassadas ao Estado, o que permitiu o rebaixamento da massa salarial – já que o conjunto dos empregadores pagam como salário apenas o necessário para a sobrevivência – e o concomitante processo de repassar a diferen-

36 Já na elaboração do livro I de *O Capital*, Marx dava indicações nesse sentido ao compor o valor da mercadoria força de trabalho a partir da sobrevivência familiar, não apenas individual: "O valor da força de trabalho estava determinado pelo tempo de trabalho necessário à manutenção não só do trabalhador adulto individual, mas do núcleo familiar. Ao lançar no mercado de trabalho todos os membros da família do trabalhador, a maquinaria reparte o valor da força de trabalho do homem entre sua família inteira. Ela desvaloriza, assim, sua força de trabalho". MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 468. Mais adiante, no livro III, Marx demonstrará que o fenômeno se dá no nível da relação entre as classes, e que cada capitalista e cada trabalhador individualmente considerados participam do processo com parcela média: "Do exposto, infere-se que todo capitalista individual, assim como o conjunto dos capitalistas de todo ramo particular de produção, participa da exploração da totalidade da classe trabalhadora pela totalidade do capital e do grau dessa exploração, não só por solidariedade geral de classe, mas também por interesse econômico direto, pois, supondo-se dadas todas as demais condições, inclusive o valor da totalidade do capital constante adiantado, a taxa média de lucro depende do grau de exploração da totalidade do trabalho pela totalidade do capital". MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro III. Volume IV. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 255.

ça da sobrevivência para o Estado por meio da gerência de fundos comuns. Os três principais são exatamente a saúde, a previdência e a assistência. Tanto faz o pagamento de um salário que permita que o trabalhador e sua família cubram todos esses âmbitos como entregar parte do dinheiro ao Estado para que proporcione e mantenha estes sistemas.[37]

Numa perspectiva econômica ou sociológica, uma contribuição para que o Estado gerencie um sistema de seguridade social é salário, salário que não é fruído pelo trabalhador, é diferido para ser fruído num momento oportuno, quando fizer jus à fruição segundo o ordenamento jurídico, isto é, conforme decisão da comunidade política. Daí se falar em salário socialmente diferido, estando o critério de diferimento na Constituição. Como a perspectiva é social, pode ser que o indivíduo frua do sistema sem contribuir, ou contribua sem fruir. Mas, coletivamente, os recursos, como conjunto, saem da massa salarial e destinam-se à subsistência da classe trabalhadora, estabelecendo-se, assim, sua natureza salarial.

A percepção da importância de tal debate pode ser extraída do exame de duas regras aparentemente inocentes do tratamento jurídico das contribuições para custeio da seguridade social – o regime de suas imunidades e a aplicação da extrafiscalidade[38] nesta seara.

A Constituição, em seu artigo 195, § 7º, imuniza das contribuições para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social, o que faz todo sentido, porque a assistência pertence à seguridade social. Seria antieconômico cobrar contribuição sobre essa atividade para recolocar os recursos posteriormente nela mesma.[39]

Por outro lado, também são imunes às contribuições as exportações – artigo 149, § 2º, I, da Constituição. O sentido da norma, evidentemente, é puramente extrafiscal. Destina-se a estimular as exportações, desonerando-as, por razões ligadas à balança comercial. A extrafiscalidade é tranquilamente aceita com os tributos, mas problemática quando aplicada a fundos públicos que gerem aspectos da sobrevivência humana.

37 A mesma lógica pode, evidentemente, ser ampliada para outros âmbitos, como se pode depreender da diferença de amplitude do conceito beveridgeano de seguridade em relação ao brasileiro. É o que se dá, por exemplo, com a educação. É pela educação dos filhos do trabalhador que se reproduz a força de trabalho que o substituirá. Daí ele ser chamado proletário e a defesa do ensino técnico estar historicamente vinculada, no debate parlamentar, aos partidos situados à direita do espectro político. Optou-se no texto por manter a restrição à saúde, previdência e assistência em razão da determinação normativa do conteúdo da seguridade social no direito brasileiro.

38 "A extrafiscalidade tem por objetivo não só a arrecadação, mas também conformar comportamentos. Destina-se a prestigiar 'certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso'. Da mesma forma, buscam desestimular comportamentos contrários a situações socialmente indesejáveis". OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187. Observe-se que há quem confunda, de certa forma, parafiscalidade com extrafiscalidade ao classificar a tributação do Estado de bem-estar social como extrafiscal: "O Estado Social Fiscal corresponde ao aspecto financeiro do Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-estar Social, ou Estado Pós-liberal, ou Estado da Sociedade Industrial), que floresce no Ocidente no curto séc. XX (de 1919 a 1989, aproximadamente). Deixa o Estado de ser o mero garantidor das liberdades individuais e passa à intervenção na ordem econômica e social. A atividade financeira continua a se fundamentar na receita de tributos, proveniente da economia privada, mas os impostos deixam-se impregnar pela finalidade social ou extrafiscal, ao fito de desenvolver certos setores da economia ou de inibir consumos e condutas nocivas à sociedade. Pela vertente da despesa a atividade financeira se desloca para a redistribuição de rendas, através do financiamento da entrega de prestações de serviços públicos ou de bens públicos, e para a promoção do desenvolvimento econômico, pelas subvenções e subsídios. O orçamento público se expande exageradamente e o Estado Social Fiscal entra em crise financeira e orçamentária a contar do final da década de 70". TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 9. Ainda assim, é possível notar que o conceito de extrafiscalidade adotado é o mesmo, embora a interpretação sobre as figuras nele incluídas variem.

39 A lei que operacionaliza a imunidade inclui as entidades beneficentes ligadas às áreas de saúde e educação, o que é problemático, porque se a inclusão da saúde, que também integra a seguridade, pode ser atribuída a uma leitura contextual da Constituição, o mesmo não se pode dizer da educação. A discussão é relevante, mas não será aprofundada na medida em que surge em muito maior grau na imunidade das exportações, que constitui objeto do prosseguimento do texto.

O mesmo debate se replica com a forma como é tocada a discussão sobre a desoneração da folha de pagamento: como se fosse uma técnica de política fiscal e não um rearranjo do custeio da seguridade social. A desoneração da folha de pagamento foi formulada, no Brasil, a partir de 2011,[40] como forma de desonerar a contratação de mão de obra, atendendo, destarte, a objetivos – embora louváveis – puramente extrafiscais, quando, como já se tentou demonstrar alhures,[41] seria necessária a desoneração da folha de pagamento como efeito de uma mudança completa de concepção acerca do financiamento da seguridade social, desvinculando os usuários de seu custeio como forma de reduzir a vinculação sinalagmática da ideia de proteção social. Essa diferença de perspectiva está intimamente ligada ao debate sobre o que constitui o núcleo essencial do Estado, que se vincula diretamente à ideia exposta anteriormente acerca da transformação das características do Estado ao longo do século XX.

Um último exemplo ajudará a ilustrar o argumento e possibilitará revelar o que está em jogo neste debate. Poderia parecer, a princípio, que toda a questão teórica exposta cedesse diante da constatação de que as contribuições para a seguridade social, como já destacado, são vinculadas – em sentido financeiro –, ou seja, têm sua arrecadação obrigatoriamente destinada à seguridade social. Esse raciocínio seria válido no texto original da Constituição de 1988, mas deixou de sê-lo a partir da Emenda Constitucional nº 27/2000, que inseriu o artigo 76 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, desvinculando vinte por cento do produto das contribuições sociais. O mecanismo, destinado inicialmente à vigência temporária, até o ano de 2003, foi sucessivamente prorrogado pelas Emendas Constitucionais nº 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016, que ainda aumentou seu montante para trinta por cento, estando ainda atualmente vigente, já há dezesseis anos, portanto. O mecanismo previsto no artigo 76 do ADCT ficou conhecido pelo nome de Desvinculação das Receitas da União – DRU.

A DRU é, possivelmente, o maior símbolo da passagem do Estado de bem-estar social ao Estado neoliberal. Sua previsão é o que devolve, ao menos em parte, a proteção social, até então inserida no contexto de dado indispensável de política econômica, como tratado acima, ao âmbito das escolhas políticas. A proteção social volta a ser apenas uma alternativa para gerir contingentes populacionais excedentes do circuito de produção e consumo, razão pela qual é devolvida à administração do Estado a possibilidade de dispor livremente das verbas que foram, em princípio, recolhidas exclusivamente para o financiamento da proteção social. Assim, desde 2000, os recursos destinados à seguridade social vêm sendo destinados ao custeio do capital financeiro, com o pagamento de juros e amortização da dívida pública.[42]

Os efeitos de dezesseis anos de aplicação da DRU já começam a se fazer sentir exatamente na direção apontada por Loïc Wacquant na obra acima referida: em agosto de 2015, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, em segundo turno, a Proposta de Emenda Constitucional nº 171/1993, que diminui a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos.

40 Embora a determinação para tal medida tenha sido objeto da Emenda Constitucional nº 42/2003, sua operacionalização foi iniciada apenas pela Lei nº 12.546/2011. Depois, seguiram-se as Leis nº 12.715/2012, 12.794/2012 e 12.844/2013.

41 BATISTA, Flávio Roberto. Reformas da previdência sob o prisma do custeio e da distribuição de benefícios: um olhar de totalidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, v. XXIV, n. 117, p. 17-30, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/file-admin/docs/revista/NOVA_PAGINA/REVISTA/PDF/revista_edicao_117.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015.

42 Alguns dados sobre o tema estão compilados no artigo mencionado na nota anterior. Sucintamente, nos últimos anos, o montante de recursos retirado da seguridade social para a constituição de superávit primário destinado ao serviço da dívida vem sendo de montante similar ao do orçamento federal da saúde e quatro vezes maior do que o orçamento do programa Bolsa Família, o que dá uma indicação da dimensão do problema.

5. Em busca de uma conclusão: o bem-estar entre a política e o direito

De tudo que foi exposto nas seções anteriores, surge com muita clareza o desafio representado pela constituição de um Estado de bem-estar social no Brasil, baseado em dois pressupostos articulados. De um lado, uma dogmática jurídica frágil, que cede facilmente diante de apreciações sobre a essencialidade dos direitos sociais que os desqualificam perante a necessidade de garantias jurídicas efetivas, encontrando-se amplo cabimento para soluções de exceção como a extrafiscalidade no campo do custeio da seguridade social e a DRU. De outro lado, a inserção periférica do Brasil no contexto econômico do capitalismo internacional, em que até mesmo os países europeus encontram dificuldades em manter o bem-estar social em razão das transformações econômicas operadas pela transição pós-fordista e os contingentes populacionais cada vez maiores excluídos do circuito de produção e consumo.

Os dois pressupostos revelam, na prática, o resultado da relação entre política e direito quanto à implementação e os limites do bem-estar numa economia periférica como a brasileira: a deficiente garantia da proteção social pelo ordenamento jurídico é, dialética e simultaneamente, causa e consequência da transformação do Estado de social para neoliberal, deslocando a proteção social da definição da política econômica de Estado para uma escolha política entre duas formas diferentes de gerir a miséria.

Se, de um lado, essa constatação traz a carga negativa de demonstrar que a efetiva implementação de um Estado de bem-estar social está muito distante no Brasil, porque demandaria a ampliação de um arcabouço jurídico que, nos últimos vinte e sete anos, não cessa de receber ataques políticos que objetivam justamente o seu desmonte, de que a recente aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016 e a Proposta de Emenda Constitucional nº 287/2016 – que tratam, respectivamente, do novo regime fiscal e da reforma da previdência – são provas de atualidade; de outro lado fica a perspectiva positiva de que há um grande espaço fora da dogmática jurídica para disputar, nos meios políticos, a defesa e a ampliação da estrutura estatal de proteção social.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Dobra/Outras Expressões, 2013.

_____. O conceito de ideologia jurídica em teoria geral do direito e marxismo: uma crítica a partir da perspectiva da materialidade das ideologias. *Revista Verinotio*, n. 19 – Dossiê Pachukanis, Belo Horizonte: UFMG, maio 2015.

_____. Reformas da previdência sob o prisma do custeio e da distribuição de benefícios: um olhar de totalidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, v. XXIV, n. 117, p. 17-30, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/fileadmin/docs/revista/NOVA_PAGINA/REVISTA/PDF/revista_edicao_117.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015.

_____. Teoria do valor-trabalho e ciências sociais aplicadas: a contribuição teórica da crítica da economia política à crítica dos direitos sociais. *Anais do II Encontro Internacional Teoria do Valor-Trabalho e Ciências Sociais*. Brasília: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, p. 353-65, 2014.

CESARINO JR., Antonio Ferreira. Introducção ao direito social. *Archivo Judiciario*, v. LI, Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia, p. 35-40, jul./set. 1939.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. *In*: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2005, v. 1, p. 11-92.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRESPAN, Jorge. Uma teoria para as crises. *In*: SAMPAIO JR., Plínio de Arruda. *Capitalismo em crise*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2009, p. 29-44.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUKÁCS, György. *Prolegômenos para uma ontologia do ser social*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *O Capital*: crítica da economia política. Livro III. Volume IV. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Dobra/Outras Expressões, 2014.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

POCHMANN, Marcio. Segurança social no capitalismo periférico. *Nueva Sociedad*, edição especial em português, p. 76-97, out. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In*: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 107-117.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social?. *In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, v. I, p. 13-40.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Justiça constitucional e litígio estrutural no Brasil: o exemplo dos direitos previdenciários

Marco Aurélio Serau Junior

Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). Especialista em Direito Constitucional e Direitos Humanos (USP). Diretor Científico-Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Membro estrangeiro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). Professor de Pós-Graduação e autor de inúmeros livros e artigos jurídicos.

Introdução.

O presente artigo pretende mostrar um breve panorama da atuação da justiça constitucional brasileira (por nós mais conhecida pela expressão jurisdição constitucional) em matéria de litígios estruturais.

Para tanto, alguns esclarecimentos prévios devem ser manifestados em relação à situação desse estudo no Brasil.

Em primeiro lugar, deve-se pontuar que no Brasil as ações judiciais a respeito de questões estruturais não vestem a mesma roupagem que ocorre em outras paragens.[1]

Aqui a discussão sobre litígios estruturais aparece na via judicial muito mais como intervenção ou controle judicial sobre políticas públicas ou litigância de interesse público.[2] São expressões mais usuais em nosso país, mas de sentido comum ao que a doutrina constitucional norte-americana denomina de *litígio estrutural*.

Ainda se deve registrar que, no Direito brasileiro, embora seja de longa tradição a previsão normativa expressa de ações judiciais coletivas[3] (incorporando as *class*

1 Como exemplarmente demonstrado por OWEN FISS em relação ao Direito norte-americano. FISS, Owen. Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

2 SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público* – o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

3 A ação civil pública, que é oriunda do modelo das *class actions* do Direito norte-americano, veio com a Lei nº 7.347, de 24/07/1985, ou seja, já há mais de 30 anos existe no

actions, do modelo norte-americano), os litígios estruturais, ou como indicamos que ocorre mais comumente por aqui, a litigância relativa a políticas públicas ou em matérias de interesse público não adota, em regra, a forma dos litígios coletivos.

Por várias razões históricas e sociológicas que caracterizam a sociedade brasileira (autoritarismo dos órgãos que compõem o sistema de justiça, inclusive o Ministério Público, um dos principais responsáveis pelo ajuizamento das ações coletivas; individualismo acentuado e desarticulação de movimentos sociais durante longos períodos caracterizados por ditaduras, entre outros fatores que não cabe aqui enumerar), há a primazia da adoção de mecanismos individuais de acesso à justiça.

No caso do Brasil (nos demais países da América Latina não é diferente), onde o Estado não assegura políticas públicas adequadas para obtenção dos direitos fundamentais, sobretudo direitos sociais, a litigância de interesse público (justamente essa litigiosidade em busca de direitos sociais) é um dos fatores principais determinantes da geração de demandas repetitivas, pois milhares de cidadãos recorrem ao Judiciário (na falta de outras atuações do Estado em prol de políticas públicas e reforma estrutural) para acessarem o nível de direitos fundamentais garantido pela Constituição.[4]

Também é relevante ressaltar, sobretudo ao leitor não brasileiro, que no Brasil é possível o controle de constitucionalidade (*justiça constitucional*) tanto pelo Supremo Tribunal Federal, nosso Tribunal Superior, como pelos juízes singulares e tribunais de justiça regulares, através da declaração incidental de inconstitucionalidade. Assim, torna-se peculiar o exame de nossa jurisdição constitucional e do seu exercício sobre matéria de direitos fundamentais e litígios estruturais.

Como resultado, tem-se anualmente milhões de ações judiciais ajuizadas, muitas vezes com questões jurídicas semelhantes ou mesmo idênticas, ensejando que no Brasil o contingente de demandas processuais em tramitação seja de proporção avassaladora, atualmente próximo dos 100.000.000 (cem milhões de processos).

Esse volume de ações judiciais causa o inevitável congestionamento dos organismos judiciários. Como forma de resposta a isso, nos últimos anos foram criados mecanismos diversos na tentativa de solução desse panorama.

Em primeiro lugar, a aposta nos mecanismos alternativos de resolução de disputas (as *ADRs*, do Direito norte-americano, isto é, as *alternative dispute resolutions*), especialmente a partir da edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pela gestão administrativa e fiscalização do Poder Judiciário.

Em segundo plano, agora em 2016, entrou em vigor um novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que traz em si a promessa de efetivar soluções processuais céleres, mas, sobretudo, encampa muitos mecanismos processuais de resolução coletiva de demandas, como o *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 976 e seguintes), além do próprio mecanismo de resolução de recursos repetitivos (art. 1.036).

Esse é o quadro geral do tema, em breves linhas. A seguir, discutiremos as relações estratégicas recíprocas entre Poder Judiciário e estruturação de políticas públicas no Brasil, a partir do exemplo das políticas públicas previdenciárias, o que permitirá o exame da atuação da jurisdição constitucional (*justiça constitucional*), de modo mais amplo, em questões de litígio estrutural e efetivação dos direitos fundamentais.

Brasil o modelo de ações coletivas sobre matéria de interesse público.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRO, Flávio Quinaud. *Novo CPC* – fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324-325.

1. Relações estratégicas entre Poder Judiciário e políticas públicas.

Antes de analisar a atuação da justiça constitucional brasileira (*jurisdição constitucional*) em hipóteses de litígio estrutural, convém fazer uma abordagem inicial sobre possíveis relações recíprocas entre intervenção judicial em políticas públicas (reiterando que é esse o formato pelo qual mais acontece o litígio estrutural no Brasil).

A utilização estratégica da arena judicial para controle, fiscalização e interferência nas políticas públicas produz reflexos na forma como as próprias políticas públicas são desenvolvidas.[5-6]

Isso é muito interessante, pois os Tribunais possuem um papel essencialmente *conservador*, ocorrendo um enorme interesse analítico quando estas instituições fogem desse padrão, especialmente em certos ramos do Direito, como o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, antecipando alterações normativas ou mesmo delas sendo a causa imediata.[7]

SCHEINGOLD[8] compreende que, apesar de suas insuficiências, a arena judicial contribui para reconfigurar a arena política.[9] O sucesso da judicialização de questões sobre políticas públicas ou litígios estruturais, como se queira, depende porém de sua coordenação com outras táticas, eminentemente políticas.[10]

Mas, como pretendemos demonstrar nesse tópico, os Tribunais, mesmo quando constrangidos por parâmetros estritamente jurídicos, proferem decisões que acabam por interferir no curso nas políticas públicas.

Esse fenômeno pode ser averiguado, especialmente no caso do Poder Judiciário Federal, diante: a) do alto índice de ações, de diversas naturezas, impugnando, buscando a modificação ou até mesmo a adoção de políticas públicas; b) das decisões judiciais que vetam ou atrasam a implementação dessas políticas públicas e, c) pelo papel informal dos Tribunais na fase de deliberação. A constitucionalização de direitos sociais e a previsão do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos transforma-o em verdadeiro "coautor" de políticas públicas, à medida que exerça o juízo sobre diversas medidas governamentais.[11]

5 McCANN, Michael W. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos "usuários". *Revista da EMARF*. Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 186-188.

6 Não se pode descartar, aqui, a perspectiva construtiva do conflito, trabalhada pelo psicólogo norte-americano DEUTSCH. DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict* – constructive and destructive processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

7 MIRANDA ROSA, F.A. de; CÂNDIDO, Odila D. de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, p. 165-171.

8 SCHEINGOLD, Stuart. *The politics of rights*. Lawyers, public policy and political change. Michigan: Michigan Press, 2004, p. 8-9.

9 SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 10. A professora Sadek defende, inclusive, que o próprio Poder Judiciário é uma arena política, em si mesma considerada.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 29 e 109.

11 SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social*: contributo para a superação da prática utilitarista. São Paulo: Conceito, 2011, p. 153-155.

Não se pode perder de vista que as decisões dos Tribunais afetam a atividade das partes em conflito. Exercem uma relação de inequívoca influência: certos comportamentos passam a ser estigmatizados e outros, legitimados, transferindo-se a disputa de arena. O efeito geral dos julgamentos equivale à emissão de mensagens que geram comportamentos das partes.[12]

Essa percepção desse grande jurista norte-americano (MARC GALANTER) pode ser aplicada, sem prejuízo conceitual, às ações judiciais que versem sobre políticas públicas ou litígios estruturais, não se limitando às questões meramente comportamentais de pessoas físicas.

Conforme arguta elaboração de McCANN,[13] as relações entre decisões judiciais e elaboração de políticas públicas podem ser as seguintes:

a) Influência estratégica e poder relacional: as decisões judiciais influenciam e alteram o poder relacional das partes já inseridas em conflitos a respeito de políticas públicas;

b) Decisões judiciais como constrangimento estratégico sobre as escolhas: além de alterar o poder relacional das partes em conflito, também podem causar verdadeiros "constrangimentos" para outras partes;

c) Decisões judiciais como incentivo à contramobilização: por outro lado, as decisões judiciais podem ensejar diversos mecanismos de contramobilização, buscando contornar os efeitos das decisões judiciais (p. ex., oposição política ou alterações legislativas).

Em sentido conceitualmente próximo, ainda que se refiram a mudança social e não a políticas públicas, MIRANDA ROSA e CÂNDIDO[14] identificam três possíveis relações entre jurisprudência (que podemos tomar por sinônima de atuação judicial) e mudança social: a) consequência direta das normas legais; b) independente das mudanças legais e, c) causa direta das mudanças das normas jurídicas. Em suas próprias palavras: "O legislador, constatando que os tribunais vêm decidindo em certo sentido, com a mudança de interpretação de velhas normas, edita novos diplomas legais, consentâneos com tais decisões".

Por fim, encerrando esse tópico, não se pode desconsiderar que os Tribunais, inclusive a justiça constitucional, muitas vezes praticam um verdadeiro *ativismo judicial conservador*, conforme a expressão cunhada por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS,[15] que consiste em neutralizar os avanços democráticos e de cidadania através das decisões judiciais.

Mencione-se, também, que por vezes a judicialização de políticas públicas é conveniente ao Poder Executivo: a questão judicializada fica sobrestada, não há necessidade de decidir o tema controverso, que fica sob responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, gerando ao administrador a perspectiva cômoda de apenas "dar cumprimento" às ordens judiciais, em nítido processo de transferência de responsabilidade.[16]

2. Exemplificando o litígio estrutural e a atuação da justiça constitucional brasileira a partir do conflito sobre políticas públicas previdenciárias.

No tópico anterior, explicitamos algu-

12 GALANTER, Marc. La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux. *In*: CAPPELLETTI, Mauro (Coord.). *Accès a la justice et État-Providence*. Paris: Economica, 1984, p. 160-163.

13 McCANN, Michael W. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos "usuários". *Revista da EMARF*. Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 186-188.

14 MIRANDA ROSA, F.A. de; CÂNDIDO, Odila D. de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, p. 22-23.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 110.

16 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 267-268.

mas modalidades de relações entre atuações dos tribunais, que ocorrem de modo muito particular na justiça constitucional (*jurisdição constitucional*), e políticas públicas, o que vimos chamando de *litígio estrutural*.

Pretendemos ilustrar/exemplificar esse tipo de relações entre decisões judiciais e políticas públicas a partir do desenlace dado ao *conflito previdenciário*[17] nos Tribunais brasileiros, tipo de litígio estrutural que possui episódios enquadráveis em cada uma dessas possíveis relações.

Vamos, então, a cada uma destas modalidades, conforme o viés metodológico acima proposto, sobretudo com base na literatura norte-americana.

No quesito de decisões judiciais que *alteram o poder estratégico das partes* em conflito, podemos indicar os diversos julgados que reconheceram o direito à pensão previdenciária para os companheiros homoafetivos. As decisões judiciais, atreladas a uma já existente e bastante relevante mobilização político-social em prol dos direitos homoafetivos na sociedade brasileira contemporânea, ensejaram a alteração da conduta do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, que editou as Instruções Normativas nº 25/2000 e 50/2001 e, mais recentemente, a Portaria nº 513/2010, disciplinando a concessão do benefício de pensão ao companheiro/companheira homossexual.

Esse conjunto de decisões sobre o benefício da pensão por morte influenciou positivamente os direitos das minorias homoafetivas, inclusive fora do âmbito previdenciário, servindo como um argumento consolidado quando, anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Constitucional, decidiu pela permissão das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, assegurando a igualdade de direitos com os casamentos tradicionais.

Em tempos mais próximos da promulgação da Constituição Federal de 1988, podemos indicar a hipótese prevista no artigo 201, § 2º, do Texto Magno, que prevê a garantia do salário-mínimo como piso dos benefícios previdenciários que substituam a renda do trabalhador. Apenas com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando a autoaplicabilidade do referido dispositivo constitucional, é que o INSS passou a pagar benefícios não inferiores a um salário-mínimo à população rural.[18]

Outro exemplo diz respeito àquilo que se denominou de *desaposentação*. A enxurrada de ações judiciais buscando essa pretensão culminou na proposição e tramitação do PLS – Projeto de Lei do Senado nº 91/2010. Visando sanar a pletora de processos judiciais que tem como escopo a renúncia à primeira aposentadoria e permissão à requisição de nova aposentação, mais vantajosa, esse projeto legislativo incorpora tal possibilidade ao texto da Lei nº 8.213/1991, matéria atualmente negada pelo INSS.

As justificativas para apresentação do referido PLS e do Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal[19] (ainda

17 Denominamos *conflito previdenciário* o tipo de litígio estrutural em que os particulares questionam a forma de execução da política pública previdenciária, buscando benefícios previdenciários expressamente previstos na legislação e descumpridos pelo Governo Federal; conflito previdenciário também corresponde ao litígio estrutural, e aqui situação mais relevante ao desdobramento deste artigo, por meio do qual se pretende a ampliação da rede de proteção previdenciária. SERAU JR., Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015.

18 BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. *Previdência rural* – inclusão social. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 77-78.

19 "(...) o Poder Judiciário tem reconhecido esse direito em relação à aposentadoria previdenciária, contudo, o Instituto Nacional de Seguridade Social insiste em indeferir essa pretensão, compelindo os interessados a recorrerem à Justiça para obter o reconhecimento do direito. (...) Se a legislação assegura a renúncia de tempo de serviço de natureza estatutária para fins de aposentadoria previdenciária, negar ao aposentado da Previdência, em face da reciprocidade entre tais sistemas, constitui rematada ofensa ao princípio da analogia em situação merecedora de tratamento isonômico. *Tem sido este o entendimento de reiteradas decisões judiciárias em desarmonia com a posição intransigente da Previdência Social. É urgente que se institua o reconhecimento expresso, pela lei de regência da*

que tal Projeto tenha sido posteriormente arquivado, em evidente retrocesso social) permitem vislumbrar com clareza essa relação entre decisões do Poder Judiciário e formulação de políticas públicas, mais precisamente o impacto das decisões judiciais como mecanismo de pressionar o Poder Legislativo à produção do Direito.

Pensemos também no reconhecimento do direito à pensão por morte para as concubinas, nos anos 1970, momento em que a *união estável* não era reconhecida legislativamente.[20] Trata-se de outro exemplo de sucesso judicial perante os Tribunais e a jurisdição constitucional que se transformou, posteriormente, em orientação administrativa encampada pelo INSS.

Lembremos, finalmente, do tratamento diferenciado à população rural. Reiteradas decisões judiciais redundaram em efetiva alteração legislativa, produzindo a Lei nº 10.666/2003, que modificou os requisitos para concessão da aposentadoria por idade: diante do grau de informalidade em que parcela da população trabalha, a comprovação da carência exigida por lei pode ocorrer em momento distinto do advento da idade mínima.

Todos esses são exemplos no quais a atuação da *jurisdição constitucional* (justiça constitucional), no seio dos mais diversos litígios estruturais, influiu-lhes decisiva e positivamente.

Mas também há exemplos da atuação judicial, inclusive das Cortes envolvidas na jurisdição constitucional, que funcionam como *incentivo à contramobilização*. Dessas podemos citar os precedentes relativos à implementação da contribuição previdenciária

dos servidores públicos aposentados e seus pensionistas.

Após infrutíferas tentativas (no âmbito infraconstitucional) de estipular essa exação, todas rechaçadas pelo Poder Judiciário por não corresponder à regra matriz de incidência, a intervenção judicial nessa pretensão de acréscimo das fontes de custeio dos regimes próprios dos servidores públicos ensejou uma contraofensiva governamental, redundando na promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003, que constitucionalizou essa pretensão, posteriormente corroborada por decisão do Supremo Tribunal Federal.[21]

Deve-se apresentar, também, um exemplo do *ativismo judicial conservador*, igualmente negativo em termos de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Ilustremos esse conceito com a criação jurisprudencial de requisitos, sem suporte constitucional ou legal, para o gozo de benefícios previdenciários pelo trabalhador rural. Muitos julgamentos têm passado a exigir, para a aposentadoria do trabalhador rural,

Previdência Social que regula os planos de benefícios, do direito de renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição e especial, sem prejuízo para o renunciante da contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do mesmo benefício."

20 MIRANDA ROSA, F.A. de; CÂNDIDO, Odila D. de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, p. 85-121.

21 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 93-94.

um verdadeiro nível de *miserabilidade*, que não possui correspondência com o que estipulado nas normas constitucionais destinadas a estes trabalhadores – que apenas exigem regime de economia familiar voltado à subsistência –, admitindo a incorporação eventual de empregados, a possibilidade de obtenção de outras rendas, provindas de artesanato ou turismo rural, determinado tamanho de propriedade, etc.[22]

Por fim, um exemplo em que a política pública não é decidida, encetando a litigiosidade estrutural, ocorre com o tema da desaposentação, típico caso de mora do legislador com a consequência de repassar os ônus decorrentes das expectativas sociais a respeito para o Poder Judiciário.

3. Litígio estrutural na jurisdição constitucional brasileira e avanço do sistema previdenciário.

Pretendemos firmar uma ideia, nem sempre cogitada ou facilmente aceita, de que a relação entre o sistema judicial (das instâncias originárias à justiça constitucional de grau superior) e a atividade estrutural de política pública previdenciária, desenvolvida pelo INSS, é necessária e, sobretudo, democraticamente saudável.

Deve-se abandonar por definitivo a postura que visualiza certo conflito entre tais órgãos e instituições, visto que todos os órgãos componentes do Estado encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, todos possuindo o poder-dever de cumpri-los, garanti-los e efetivá-los.

Discordamos das posições doutrinárias que indicam que a judicialização das questões administrativas impede que a própria Administração resolva seus problemas e reforça a descrença da população na capacidade da Administração Pública. Divergimos também daquelas posturas que indicam que os atos administrativos são desprestigiados na via judicial, especialmente nas questões previdenciárias.

Os elementos sociológicos a respeito da formação e estruturação da sociedade brasileira são suficientes a demonstrar como seria problemático o encaminhamento da solução do conflito previdenciário unicamente pela via administrativa. O processo administrativo previdenciário possui um limite intrínseco para a solução do conflito previdenciário, pois se pauta pela legalidade estrita, e a origem do conflito previdenciário, muitas vezes, advém justamente do questionamento da legalidade expressa.

A sociedade almeja mais em termos de proteção previdenciária, e o Poder Legislativo e os órgãos administrativos vinculados ao Poder Executivo nem sempre são suficientes a atuar em prol da plena efetivação dos direitos fundamentais, o que ficou claro através dos exemplos relativos a direitos previdenciários (que são direitos fundamentais sociais) aqui trazidos.

No campo previdenciário, identificamos privilegiadamente um segmento do Direito em que as expectativas sociais levadas aos Tribunais são respondidas com mais celeridade que na esfera legislativa ou administrativa, e permitem, indiretamente, a própria e necessária evolução da legislação previdenciária.[23]

A partir de uma perspectiva de acoplamento estrutural entre Política e Direito, verifica-se que os direitos fundamentais se generalizam como programas de valor da atividade estatal; a Administração Pública, em sua práxis, acaba por aceitar como nor-

22 BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. *Segurado especial*: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014, p. 190-194.

23 Não é despiciendo frisar, uma vez mais, que adotamos nesse trabalho uma perspectiva construtiva do conflito, na linha de DEUTSCH, o que sugere uma proposta cooperativa de sua resolução. DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict* – constructive and destructive processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

ma as decisões casuísticas proferidas na via judicial.[24]

Ocorre um inegável amadurecimento do conteúdo da norma jurídica previdenciária através desse *duplo grau* de sua efetivação, isto é, sua revisão judicial após conclusão do processo administrativo. Atinge-se, em um segundo momento, a coordenação entre diferentes esferas do Estado: os mesmos princípios de administração, as mesmas regras interpretativas e parâmetros de eficiência passam a ser aplicados nas diversas esferas da administração – judicial e administrativa. Em derradeira etapa, pode-se visualizar o amadurecimento do próprio órgão administrativo, que passa a dirigir sua atuação conforme os vetores interpretativos oriundos do sistema judicial, em modo mais amplo, e não apenas nos casos específicos em que sofreu decisões judiciais revisoras de sua conduta.

A relação entre decisões judiciais e funcionamento administrativo, conforme pudemos vislumbrar a partir de alguns exemplos, permite a evolução do próprio sistema previdenciário. O sistema político (Poder Legislativo e mesmo o Poder Executivo) não dá conta de, sozinho, visualizar e concretizar todas as demandas sociais.

Conclusões.

A partir do litígio estrutural relativo a políticas públicas previdenciárias, abordado como exemplo da atuação da jurisdição constitucional, demonstrou-se que essa atuação judicial é necessária e positiva.

Em muitas vezes, produz não apenas a interferência nas políticas públicas, mas verdadeiras relações recíprocas, com interferências múltiplas, inclusive na própria utilização das decisões judiciais como fonte de consulta e estruturação das políticas públicas, vez que o Poder Judiciário frequentemente é mais rápido na resposta às demandas da sociedade, sobretudo a partir da concretização, nos casos judiciais, de princípios e valores constitucionais e direitos fundamentais.

Os litígios estruturais no Brasil, como se ressaltou na introdução, não costumam ser tratados através de ações coletivas, mas geralmente a partir de ações individuais, ensejando milhares de demandas iguais no Poder Judiciário. Em que pese esse cenário não ser propriamente o ideal, o recém publicado Código de Processo Civil procura estabelecer mecanismos de resolução de demandas repetitivas, as quais possuem eficácia vinculante para todo o país.

Ainda que, conforme expusemos, seja diversa no Brasil a forma de tratamento dos litígios estruturais, comparando com o que ocorre em outros países, onde o tratamento não é atomizado, mas concentrado na jurisdição constitucional superior (Cortes Constitucionais), pode-se utilizar o exemplo do controle judicial de políticas públicas na área previdenciária como sinal positivo de que o papel das Cortes judiciais, na defesa e concretização dos direitos fundamentais pode servir para a correção e formulação das próprias políticas públicas.

Esse mecanismo e participação judicial são elementares em um cenário como o que caracteriza a política brasileira, no qual há pouco espaço para a manifestação da cidadania (diferentemente do que é tradição em outros países irmãos na América Latina, como a Argentina, o Chile e o Uruguai) e uma das poucas formas de concretização de direitos se dá pela via judicial.

Ademais, outro elemento que indica a crucialidade desse tipo de mecanismo, aqui exemplificado pela intervenção judicial nas políticas de Previdência Social, mas que pode, sem prejuízo, ser ampliado para qualquer forma de direito fundamental, é o fato de que o continente latino-americano observa a retomada em vários países do projeto neoliberal, cuja tônica é a redução de direitos e diminuição do papel do Estado.

24 LUHMANN, Niklas. *La sociedade de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2007, p. 620-621.

Bibliografia.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. *Segurado especial*: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Previdência rural* – inclusão social. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict* – constructive and destructive processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

FISS, Owen. Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.

GALANTER, Marc. La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux. *In*: CAPPELLETTI, Mauro (Coord.). *Accès a la justice et État-Providence*. Paris: Economica, 1984.

LUHMANN, Niklas. *La sociedade de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

McCANN, Michael W. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos "usuários". *Revista da EMARF*. Rio de Janeiro, p. 175-196, dez. 2010.

MIRANDA ROSA, F.A. de; CÂNDIDO, Odila D. de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público* – o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social*: contributo para a superação da prática utilitarista. São Paulo: Conceito, 2011.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015.

SCHEINGOLD, Stuart. *The politics of rights*. Lawyers, public policy and political change. Michigan: Michigan Press, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRO, Flávio Quinaud. *Novo CPC* – fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Jurisprudência

Direito Administrativo

APELAÇÃO CÍVEL
0010504-44.2003.4.03.6110
(2003.61.10.010504-1)

Apelante: MARIA MARLENE GAZONATO
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1563980
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. ECT. ATRASO NA ENTREGA. FALTA DE DOCUMENTOS. RETENÇÃO NA ALFÂNDEGA. EQUIPAMENTOS PROFISSIONAIS DECLARADOS COMO PRESENTES. RESPONSABILIDADE DA REMETENTE. AVARIAS. VALOR DECLARADO. SEGURO. INDENIZAÇÃO DOS DANOS COMPROVADOS. DANO MORAL. MERO DISSABOR. NÃO CABIMENTO.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos realiza a atividade de serviço postal, de competência exclusiva da União (CF, art. 21, X), em regime de monopólio. Nessa condição, aplica-se a ela o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

2. Portanto, em regra, a ECT responde objetivamente pelos danos causados a terceiros. E ainda que assim não fosse, restaria configurada na espécie a relação de consumo, a ensejar também a responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 14), independentemente da ocorrência de culpa.

3. Assim também, a responsabilidade civil objetiva desonera a parte autora da prova da existência de culpa, mas não lhe retira o ônus de comprovar a conduta, o dano e o nexo causal.

4. Na hipótese dos autos, a autora procurou os serviços da empresa ré para postagem de equipamentos de fisioterapia, devidamente descritos e com valor declarado - *aparelho de ultrassom, aparelho de infravermelho e aparelho de ondas curtas* (fls. 48/49). Nesta oportunidade, informou que os itens eram presentes destinados a uma moradora da cidade de Queluz, Portugal. Sustenta, ainda, que pagou a taxa de seguro e realizou o correto condicionamento dos equipamentos, com utilização de plástico-bolha, isopor e espuma compactada, ademais sinalizou que os produtos eram frágeis, conforme comprovado pelas fotos colacionadas (fls. 46/47).

5. No entanto, os itens foram retidos, por mais de um mês, na alfândega em Portugal em razão da ausência de fatura pró-forma. Somente após a regularização dos documentos a entrega foi realizada, porém os equipamentos apresentavam avarias e não puderam ser utilizados para os fins profissionais aos quais se destinavam.

6. A autora declarou que os referidos bens se inseriam na categoria *presentes*, não mencionando em nenhum momento os fins profissionais aos quais se destinavam. Assim, os funcionários da empresa ré não atuaram de forma errônea ao deixar de informar acerca da necessidade de documentos alfandegários.

7. Neste sentido, o depoimento da testemunha José Augusto Pivetta, antigo gerente da agência dos Correios em que foi realizada a postagem (fls. 341/342).

8. Ademais, os termos e condições de aceitação de objetos postais internacionais destaca, expressamente, que é obrigação do remetente *assegurar-se de que todas as leis e regulamentos aplicáveis, inclusive as leis alfandegárias de importação, exportação e outras leis e regulamentos de todos os países nos quais o Objeto Postal Internacional possa transitar, foram devidamente cumpridos, devendo o remetente prover aos Correios a respectiva documentação, caso necessário* (fls. 123).
9. No mesmo documento há informação de que os Correios não se responsabilizam por qualquer ato ou omissão de qualquer pessoa fora dos Correios, tais como: do Remetente dos Objetos Postais (declaração incorreta da carga, embalagem ou endereço inadequados ou insuficientes), do Destinatário, de um terceiro interessado, de oficiais da alfândega ou de outros oficiais governamentais.
10. Desta forma, a retenção dos equipamentos em sede alfandegária e a consequente demora na realização da entrega não ocorreram por falta dos funcionários dos correios, visto que era da autora a responsabilidade pelo correto preenchimento dos formulários e pela juntada dos documentos necessários para o ingresso regular dos bens no país de destino.
11. O funcionário dos correios relata que recebeu a mercadoria da autora devidamente embalada (fl. 235).
12. As fotos de fl. 45/47 demonstram que o aparelho de ondas curtas, com valor declarado de R$ 2.000,00 (dois mil reais), apresenta danos evidentes. No entanto, não é possível determinar a existência de avarias nos demais equipamentos, pois a simples alegação de que deixaram de funcionar não é meio de prova suficiente. Ressalto, ainda, que a autora deixou de apresentar, por exemplo, recibos do conserto realizado.
13. Diante destes fatos, a reparação pretendida só pode ser realizada em face do aparelho de ondas curtas, segurado nos termos de fl. 49, mediante o pagamento de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos).
14. Nos termos dos avisos fixados na agência dos correios, a ECT paga indenização nos casos em que ocorrer a avaria parcial dos objetos registrados, além de restar evidenciado que *a responsabilidade da ECT cessa quando o objeto postal ou a importância confiada à ECT tenha sido entregue a quem de direito ou restituído ao remetente, mediante recibo, sem ressalvas* (fls. 72).
15. Assim, diante da responsabilidade da ECT, especialmente considerada a contratação de seguro, deve ser concretizada a indenização prevista nos termos do item 10.1 dos termos e condições de aceitação de objetos internacionais (fl. 125).
16. Quanto à pretensão reparatória requerida a título de danos morais, não vislumbro nos autos qualquer prova a justificá-la. A indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.
17. No presente caso, embora a demora na entrega de mercadoria e, posteriormente, a constatação de danos nos equipamentos devam ter causado aborrecimento, inexiste demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora, não sendo possível concluir que do ato ou omissão da ré tenha resultado efetivamente prejuízo de ordem moral, configurado em abalo psicológico, perturbação, sofrimento profundo, transtorno grave, mácula de imagem e honra, ou a perda de sua credibilidade, não se traduzindo a falha na prestação de serviço, por si só, em conduta capaz de ensejar indenização a

título de danos morais.
18. Ademais, pela análise dos elementos probatórios constantes dos autos, entendo que a autora concorreu para o atraso na entrega dos equipamentos e para a retenção dos mesmos na alfândega estrangeira, sendo forçosa, portanto, a exclusão da relação de causalidade, requisito indissociável do dever do Estado de indenizar, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.
19. Assim, a sentença deve ser parcialmente reformada, somente para determinar a condenação da ECT ao pagamento de indenização, prevista em contrato de seguro, relativa ao equipamento de ondas curtas, com valor declarado de R$ 2.000,00.
20. O *quantum* fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios a partir da citação, nos termos do art. 406, do CC/2002, utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, *in casu*, aplicação da Taxa SELIC, vedada a cumulação com qualquer outro índice de correção monetária e de juros de mora.
21. Tendo a parte ré decaído de parte mínima do pedido, mantenho a condenação em honorários advocatícios como previsto na r. sentença, visto que em consonância com o entendimento desta Turma.
22. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em sede de ação de rito ordinário, ajuizada por Maria Marlene Gazonato em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da demora na entrega de equipamentos profissionais e da presença de avarias nos referidos bens, bem como o pagamento do seguro contratado.

A autora sustenta que na data de 13 de junho de 2003 procurou os serviços da ré para realizar a postagem e remessa de três aparelhos de fisioterapia usados, em perfeito estado de conservação, para a destinatária Márcia Maria Baldini residente em Portugal. Afirma que os equipamentos estavam condicionados em embalagens apropriadas, conforme as normas de pesos, medidas e condições de embalagem informadas pelos correios, com anotações de que o conteúdo era frágil. Nesta oportunidade, optou pelo envio na modalidade expresso aéreo, com prazo de entrega de até 05 (cinco) dias, efetuando o pagamento de taxa de seguro.

Aduz que, no entanto, a ré não informou a necessidade de envio do documento denominado *fatura pró forma*, cujo formulário é disponibilizado pela própria ré e que deveria acom-

panhar as mercadorias, o que motivou a retenção dos bens na Alfândega de Portugal por aproximadamente um mês, gerando atraso na entrega e danos aos equipamentos.

A empresa ré apresentou defesa (fls. 97/123), aduzindo, preliminarmente, inépcia da inicial por ausência de causa de pedir. No mérito, alegou inexistência de danos, inadequado acondicionamento da mercadoria sendo a culpa exclusiva da autora e ausência de responsabilidade pelos danos alegados.

Intimadas as partes acerca das provas que pretendiam produzir, a autora e a parte ré requereram a produção de prova testemunhal, o que foi deferido pelo juiz de primeiro grau.

Oitiva das testemunhas às fls. 277/280 e 340/342.

Alegações finais da autora às fls. 349/354 e da ré às fls. 355/371.

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de ausência de nexo causal entre o dano e a conduta do ofensor, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, devidamente atualizado nos termos da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, desde a data da propositura da ação até a data do efetivo pagamento.

Apelou a parte autora, aduzindo em suas razões que as mercadorias foram avariadas, porém o prêmio do seguro contratado não foi pago. Alega, ainda, que restaram evidentes os vícios na relação de consumo entre a parte autora e a ré, sendo cabível a recomposição dos valores dispendidos com a remessa dos bens, além da indenização pelos danos morais suportados. Por fim, pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos realiza a atividade de serviço postal, de competência exclusiva da União (CF, art. 21, X), em regime de monopólio. Nessa condição, aplica-se a ela o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, *in verbis*:

> Art. 37. (...)
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, em regra, a ECT responde objetivamente pelos danos causados a terceiros.

E ainda que assim não fosse, restaria configurada na espécie a relação de consumo, a ensejar também a responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 14), independentemente da ocorrência de culpa.

Assim também, a responsabilidade civil objetiva desonera a parte autora da prova da existência de culpa, mas não lhe retira o ônus de comprovar a conduta, o dano e o nexo causal.

Nesse sentido, o seguinte precedente jurisprudencial:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ECT. MONOPÓLIO. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTRAVIO ENCOMENDA VIA POSTAL. ECT. VALOR DO CONTEÚDO NÃO DECLARADO. FALTA COMPROVAÇÃO DE DANO E NEXO CAUSAL. RESSARCIMENTO DO VALOR DA POSTAGEM. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DO DANO INDENIZÁVEL.
> 1. A responsabilidade da pessoa jurídica de direito público e de empresa pública prestadora de serviço de mesma natureza - em especial em regime de monopólio - é, em princípio, objetiva, tanto por ato próprio como por ato de seus prepostos (agentes), como prevê o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
> 2. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, na condição de concessionária de serviços públicos, obriga-se a indenizar os usuários de seus serviços pelos danos causados pela ineficiência na entrega da mercadoria enviada (art.5º, V, c/c art.37, *caput* da CF/88). O serviço postal é disciplinado pela Lei nº 6.538/78 e o seu, § 2º, art. 33, regulamenta a forma de fixação do valor de indenização pago pela ECT). (...)
> 5. *A circunstância de a responsabilidade da ECT ser objetiva apenas afasta do autor a necessidade de comprovar a existência de culpa daquela, mas não lhe retira o ônus de provar a existência do dano e o nexo de causalidade. In casu*, os autores só conseguiram provar a existência de dano e nexo causal em relação ao valor da postagem. A ausência de declaração de conteúdo e do respectivo seguro não pode ensejar responsabilidade da ECT. (...)
> (TRF3, AC nº 00155279820034036100, Juiz Leonel Ferreira, Judiciário em dia - Turma D, DJ 29/09/2011) (Grifei)

Na hipótese dos autos, a autora procurou os serviços da empresa ré para postagem de equipamentos de fisioterapia, devidamente descritos e com valor declarado - *aparelho de ultrassom, aparelho de infravermelho e aparelho de ondas curtas* (fls. 48/49). Nesta oportunidade, informou que os itens eram presentes destinados a uma moradora da cidade de Queluz, Portugal. Sustenta, ainda, que pagou a taxa de seguro e realizou o correto condicionamento dos equipamentos, com utilização de plástico-bolha, isopor e espuma compactada, ademais sinalizou que os produtos eram frágeis, conforme comprovado pelas fotos colacionadas (fls. 46/47).

No entanto, os itens foram retidos, por mais de um mês, na alfândega em Portugal em razão da ausência de fatura pró-forma. Somente após a regularização dos documentos a entrega foi realizada, porém os equipamentos apresentavam avarias e não puderam ser utilizados para os fins profissionais aos quais se destinavam.

Não obstante, analisando o caso concreto, não se verifica nexo de causalidade entre a apreensão dos equipamentos na alfândega estrangeira e a conduta da ECT.

A autora declarou que os referidos bens se inseriam na categoria *presentes*, não mencionando em nenhum momento os fins profissionais aos quais se destinavam. Assim, os funcionários da empresa ré não atuaram de forma errônea ao deixar de informar acerca da necessidade de documentos alfandegários.

Neste sentido, o depoimento da testemunha José Augusto Pivetta, antigo gerente da agência dos Correios em que foi realizada a postagem (fls. 341/342):

> (...) O depoente acredita que no caso dos autos como a embalagem seguiu o destino, que ela atendia aos padrões de exigência e normas para postagem internacional. O depoente não atendeu diretamente a autora quando esta compareceu na agência para postagem do objeto dos autos. Indagado se há algum funcionário do Correio encarregado de orientar o preenchimento do documento de fls. 48/49, respondeu que a preocupação do Correio é que não haja campos em branco sem o devido preenchimento no referido documento, sendo certo que o conteúdo

> das informações é de responsabilidade do remetente. Indagado se existe alguma consequência jurídica diversa quanto ao preenchimento do item 4 do documento de fls. 48/49, no sentido de ser o objeto a ser transportado presente ou mercadoria, respondeu que quando o objeto a ser postado é indicado como mercadoria, há exigência de apresentar notas fiscais e outros documentos para controle da alfândega, ao passo que, em se tratando de presente é dispensada a exigência de apresentar documentos fiscais (...).

Ademais, os termos e condições de aceitação de objetos postais internacionais destaca, expressamente, que é obrigação do remetente *assegurar-se de que todas as leis e regulamentos aplicáveis, inclusive as leis alfandegárias de importação, exportação e outras leis e regulamentos de todos os países nos quais o Objeto Postal Internacional possa transitar, foram devidamente cumpridos, devendo o remetente prover aos Correios a respectiva documentação, caso necessário* (fls. 123).

No mesmo documento há informação de que os Correios não se responsabilizam por *qualquer ato ou omissão de qualquer pessoa fora dos Correios, tais como: do Remetente dos Objetos Postais (declaração incorreta da carga, embalagem ou endereço inadequados ou insuficientes), do Destinatário, de um terceiro interessado, de oficiais da alfândega ou de outros oficiais governamentais*.

Desta forma, a retenção dos equipamentos em sede alfandegária e a consequente demora na realização da entrega não ocorreram por falha dos funcionários dos correios, visto que era da autora a responsabilidade pelo correto preenchimento dos formulários e pela juntada dos documentos necessários para o ingresso regular dos bens no país de destino.

Passo a analisar a reparação material em face das avarias nos equipamentos.

O funcionário dos correios relata que recebeu a mercadoria da autora devidamente embalada (fl. 235).

Por sua vez, a destinatária informou em seu depoimento (fls. 278) *que, ditos bens haviam sido adquiridos um ano antes, isto é em 2002, estando, portanto, em plenas condições de uso e funcionamento (...) que, já em solo português, ao receber a declarante as caixas com os equipamentos, de cara, constatou amassamentos nas caixas, como se tivessem caído de algum lugar; que ao abrir as caixas, rasgando-as, foi que a declarante constatou que os equipamentos estavam danificados; que não foi feita perícia, em seguida à constatação de danos nos equipamentos; que, para surpresa da declarante, quando ligados na eletricidade não funcionaram; que, em consequência, teve a declarante que mandar consertar ditos maquinários, muito embora não tivesse o controle correto de sua amperagem*.

As fotos de fl. 45/47 demonstram que o aparelho de ondas curtas, com valor declarado de R$ 2.000,00 (dois mil reais), apresentou danos evidentes. No entanto, não é possível determinar a existência de avarias nos demais equipamentos, pois a simples alegação de que deixaram de funcionar não é meio de prova suficiente. Ressalto, ainda, que a autora deixou de apresentar, por exemplo, recibos do aludido conserto dos bens.

Diante destes fatos, a reparação pretendida só pode ser realizada em face do aparelho de ondas curtas, segurado nos termos de fl. 49, mediante o pagamento de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos).

Nos termos dos avisos fixados na agência dos correios, a ECT paga indenização nos casos em que ocorrer a avaria parcial dos objetos registrados, além de restar evidenciado que *a responsabilidade da ECT cessa quando o objeto postal ou a importância confiada à ECT tenha sido*

entregue a quem de direito ou restituído ao remetente, mediante recibo, sem ressalvas (fls. 72).

Assim, diante da responsabilidade da ECT, especialmente considerada a contratação de seguro, deve ser concretizada a indenização prevista nos termos do item 10.1 dos termos e condições de aceitação de objetos internacionais (fl. 125), *in verbis*:

> Quando não for obrigatório, em decorrência de regulamento específico, os Correios recomendam que o Remetente faça seguro para os Objetos Postais Internacionais. Os Correios poderão providenciar um seguro mediante solicitação do Remetente. Caso o remetente queira fazer o seguro, deverá preencher a informação "Valor Segurado" em nosso Airway Bill. Será cobrado a alíquota de 0,5% sobre esse valor segurado. O seguro limita-se a esse valor segurado.

Quanto à pretensão reparatória requerida a título de danos morais, não vislumbro nos autos qualquer prova a justificá-la.

Nesse diapasão, peço vênia para conceituar e delimitar o alcance dos danos morais, que são considerados, segundo ensinamento de Yussef Said Cahali:

> Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito, à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.
> (Dano Moral, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 21).

Acresça-se à conceituação acima as lições de Cleyton Reis:

> É inquestionável que os padecimentos de natureza moral, como, por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação, e de forma ampla, os padecimentos resultantes em situações análogas, constituem evento de natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais.
> Todavia, esse estado de espírito não autoriza a compensação dos danos morais, se não ficar demonstrado que os fatos foram conseqüência da privação de um bem jurídico, em que a vítima tinha um interesse juridicamente tutelado.
> (Avaliação do Dano Moral, 4ª edição, Editora Forense, pág. 15)

Do acima exposto, percebe-se que a indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.

No presente caso, embora a demora na entrega de mercadoria e, posteriormente, a constatação de danos nos equipamentos devam ter causado aborrecimento, inexiste demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora, não sendo possível concluir que do ato ou omissão da ré tenha resultado efetivamente prejuízo de ordem moral, configurado em abalo psicológico, perturbação, sofrimento profundo, transtorno grave, mácula de imagem e honra, ou a perda de sua credibilidade, não se traduzindo a falha na prestação de serviço, por si só, em conduta capaz de ensejar indenização a título de danos morais.

Conforme entendimento sedimentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, acarreta dano moral a conduta causadora de violação à integridade psíquica ou moral da pessoa humana de forma mais extensa do que o mero aborrecimento, chateação ou dissabor:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DEFEITO NO VEÍCULO. INDEVIDO ACIONAMENTO DE AIR BAG. FATO DO PRODUTO. MERO DISSABOR.
> - O indevido acionamento de air bag constitui fato do produto e, portanto, a empresa deve indenizar o consumidor pelos danos materiais daí advindos.
> - Não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor.
> - A despeito da existência de frustração, o indevido acionamento de air bag não é causa ensejadora de compensação por danos morais.
> - Recurso especial parcialmente provido.
> (STJ, REsp nº 1.329.189/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

Ademais, pela análise dos elementos probatórios constantes dos autos, entendo que a autora concorreu para o atraso na entrega dos equipamentos e para a retenção dos mesmos na alfândega estrangeira, sendo forçosa, portanto, a exclusão da relação de causalidade, requisito indissociável do dever do Estado de indenizar, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.

Assim, a sentença deve ser parcialmente reformada, somente para determinar a condenação da ECT ao pagamento de indenização, prevista em contrato de seguro, relativa ao equipamento de ondas curtas, com valor declarado de R$ 2.000,00.

O *quantum* fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios a partir da citação, nos termos do art. 406, do CC/2002, utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, *in casu*, aplicação da Taxa SELIC, vedada a cumulação com qualquer outro índice de correção monetária e de juros de mora.

Tendo a parte ré decaído de parte mínima do pedido, mantenho a condenação em honorários advocatícios como previsto na r. sentença, posto que em consonância com o entendimento desta Turma.

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à apelação*.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004531-74.2004.4.03.6110
(2004.61.10.004531-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Classe do Processo: AC 1279596
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMISSÃO DE CPF EM DUPLICIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS NA ESFERA EXTRAPATRIMONIAL DO AUTOR. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL "IN RE IPSA". IMPOSSIBILIDADE. APELO DA UNIÃO PROVIDO.
- Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União Federal, pois, a Secretaria da Receita Federal, instituição responsável pela emissão e controle da "inscrição da pessoa física" (Instrução Normativa RFB nº 1548), configura órgão pertencente à União (art. 1º da Lei 11.457/2007), razão pela qual cabe a esta responder por eventuais danos oriundos da atividade.
- A jurisprudência desta Colenda Sexta Turma é pacífica em assentar que a emissão de CPF em duplicidade pode acarretar danos morais, desde que os interessados comprovem a efetiva ocorrência de prejuízo no seu âmbito extrapatrimonial decorrente dessa falha, como, por exemplo, uma imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes, necessidade de peregrinação extrajudicial ou judicial para regularização do CPF, a não concessão de acesso a créditos ou outros serviços e produtos, entre o mais.
- Ainda que incontroverso o erro do Poder Público em conferir o CPF do autor a um homônimo, não foi comprovado que tal situação gerou qualquer dano relevante na sua esfera extrapatrimonial, sendo importante sublinhar, nesse ponto, que as principais situações descritas na exordial - imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes e indevido saque na conta do PIS - restaram fragilizadas pela prova documental coligida.
- A caracterização do dano moral *in re ipsa*, ou seja, independentemente de comprovação, dado importar em extraordinário enaltecimento do instituto "dano moral", só tem lugar nas hipóteses em que, vista a dimensão do fato, se torna impossível imaginar que o prejuízo deixou de aconteceu, o que não ocorre na espécie, mormente porque dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, não se podendo aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária configure dano moral. Precedentes.
- Apelo da União Federal provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora): Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL nesta ação ordinária contra ela promovida por RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA, pela qual se objetivou, em síntese, condenação por danos morais.

Petição inicial: resumidamente, sustenta o autor que por falha da Secretaria da Receita Federal, órgão vinculado à ré, seu número de inscrição no CPF foi concedido a outra pessoa, o que acabou lhe ocasionando diversos prejuízos, como imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes e levantamento do seu crédito do PIS por terceira pessoa. Requereu, assim, condenação da União no pagamento de 60 (sessenta) salários mínimos a título de ressarcimento por danos materiais, bem como indenização por danos morais (fls. 02/07). Acostou documentos (fls. 08/14).

Aditamento à inicial: o autor desistiu do pedido referente a danos materiais, bem como estimou o seu prejuízo moral em 60 (sessenta) salários mínimos (fls. 23).

Contestação às fls. 35/66.

Réplica às fls. 71/72.

As partes foram intimadas sobre o respectivo interesse em produzir provas (fls. 72), tendo o autor deixado transcorrer *in albis* o seu prazo (certidão: fls. 73) e a ré pugnado pelo julgamento antecipado da lide (fls. 76).

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de danos morais no importe de 10 (dez) salários mínimos, corrigidos nos termos do provimento 64/2005 da Corregedoria da Justiça Federal da 3ª região, desde a data do ajuizamento até o efetivo pagamento. Impôs, ainda, sucumbência recíproca e custas "ex lege" (fls. 79/91).

Razões de apelação da União Federal: preliminarmente, arguiu ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, apontou que "a duplicidade de CPF, por si só, não é capaz de causar lesões por danos morais. Faz-se providencial que em razão dele efetivos prejuízos, ainda que de índole moral, acometam a pessoa cadastrada, que, 'in casu' não os demonstrou através dos meios de prova hábeis para tanto, como ônus que lhe competia" (fls. 95/100).

O recurso de apelação foi recebido no duplo efeito (fls. 101).

Contrarrazões às fls. 103/104.

Remetidos os autos a esta instância, sobrevieram petições do apelado requerendo prioridade no julgamento deste recurso (fls. 108/111 e 113).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora): Cinge-se a controvérsia em verificar se o autor, ora recorrido, sofreu danos morais em razão de seu número de inscrição no CPF ter sido, por equívoco, concedido a um homônimo.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela União Federal.

Com efeito, a Secretaria da Receita Federal, instituição responsável pela emissão e controle da "inscrição da pessoa física" (Instrução Normativa RFB nº 1548), configura órgão pertencente à União (art. 1º da Lei 11.457/2007), razão pela qual cabe a esta responder por eventuais danos oriundos da atividade. Nesse sentido, os seguintes julgados desta Egrégia Corte Regional: Quarta Turma, Apelação Cível 0003954-27.2012.4.03.6107, Rel. Desembargador Federal Andre Nabarrete, j. em 13/08/2015; Terceira Turma, Apelação Cível 0003740-42.2003.4.03.6110, Rel. Juíza Convocada Eliana Marcelo, j. em 05/06/2014; Quarta Turma, Apelação Cível 0009622-09.2008.4.03.6110, Rel. Juíza Convocada Raecler Baldresca, j. em 26/07/2012; Terceira Turma, Apelação Cível 0005766-28.2004.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal Nery Junior, j. em 20/09/2012.

Quanto à matéria de fundo, a jurisprudência desta Colenda Sexta Turma é pacífica em assentar que a emissão de CPF em duplicidade pode acarretar danos morais, desde que os interessados comprovem a efetiva ocorrência de prejuízo na sua esfera extrapatrimonial decorrente dessa falha, como, por exemplo, uma imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes, necessidade de peregrinação extrajudicial ou judicial para regularização do CPF, a não concessão de acesso a créditos ou outros serviços e produtos, entre o mais. Confiram-se os precedentes:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMISSÃO DE CPF EM DUPLICIDADE. CONFIGURAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO, DANOS E NEXO CAUSAL.
> 1. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
> 2. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
> 3. Trata-se de expedição de CPF com o mesmo número para duas pessoas diferentes, homônimas, uma delas a autora, por erro cometido pela União, sendo este fato já analisado e reconhecido em sede administrativa (fls. 112 e 116).
> 4. O Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal do Brasil, CPF é um documento importante na vida do cidadão brasileiro, a simples irregularidade de seus dados pode causar diversos transtornos de intensidade variável, sendo necessário analisar as peculiaridades de cada caso.
> 5. Na espécie, a expedição errônea de número de CPF em duplicidade, a um homônimo do autor, situação de responsabilidade exclusiva da autoridade administrativa, detentora de todos os dados e da obrigação da correta prestação de serviços, causou danos morais fartamente comprovados, que transcendem os simples aborrecimentos decorrentes da mera retificação de um documento.
> 6. Houve a necessidade de ajuizamento da presente ação para a devida correção e para a regularização da inscrição da autora no PIS, que se viu impedida de sacar seu abono anual. Ademais, há comprovação nos autos de que a autora encontrava-se desempregada, o que evidencia a necessidade destes valores na época dos fatos (fls. 20).

7. Configurados a ação, o dano moral e o nexo de causalidade, reconhecida a responsabilidade objetiva da Administração Pública que emitiu um número de CPF em duplicidade.
8. Assim, é inegável o dever de indenizar os danos morais provocados pela conduta culposa em montante que respeite o binômio de mitigação do sofrimento pelo dano moral, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte.
9. O montante a ser fixado a título de dano s morais deve respeitar deve levar em conta a mitigação do sofrimento causado pelo dano, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte. A reparação do dano moral não pode ser irrisória nem exorbitante, devendo ser fixado em patamar razoável.
10. Nesse aspecto, entendo adequado o valor fixado pelo r. Juízo *a quo*, no montante de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), em conformidade com julgados desta C. Turma.
11. O *quantum* fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios desde o evento dano so (Súmula 54 do C. STJ), utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, excluídos os índices da poupança, tendo em vista que o C. STF entendeu pela inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, adotando o posicionamento de que a eleição legal do índice da caderneta de poupança para fins de atualização monetária e juros de mora ofende o direito de propriedade (ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014). Nesse sentido: RE 798541 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014.
12. Condeno a parte ré em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.
13. Apelação provida.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2182359 - 0002519-63.2013.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2016)

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA UNIÃO. EMISSÃO EM DUPLICIDADE DE CPF, QUE TROUXE EVIDENTES DISSABORES PARA A "VÍTIMA" DA INCÚRIA DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA: DEVER DE INDENIZAR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO ADESIVO DO AUTOR PROVIDO. APELAÇÃO DA UNIÃO IMPROVIDA.
1. Ação de indenização por danos morais, com pedido de antecipação de tutela, interposta em 9/6/2008 por ADRIANO DA SILVA em face da UNIÃO FEDERAL, pleiteando o pagamento de R$ 50.000,00 a título de dano moral, experimentado pela indevida emissão em duplicidade do mesmo número de CPF.
2. A necessidade de regularização do CPF do autor deveu-se à incontestável negligência da Administração Pública, que não tomou os necessários cuidados para averiguar se o homônimo de ADRIANO DA SILVA era de fato o titular do CPF nº 308.797.088-32, dando azo à duplicidade de emissão e, consequentemente à inscrição do autor em órgãos de proteção ao crédito, acarretando-lhe graves transtornos, donde é inegável o dever de indenizar.
3. São evidentes os dissabores sofridos pelo autor, que teve seu nome e reputação indevidamente negativados, teve seu crédito abalado e recusado na praça comercial, foi obrigado a peregrinar por instituições na faina de desvendar e solucionar o imbróglio que envolvia sua pessoa, além de passar por situações vexatórias e pela angústia justificada na revolta de ter sua honra e bom conceito destruídos. Ademais, é fato notório que a vida civil, precipuamente financeira, do titular de um CPF que se encontra em situação irregular, fica praticamente paralisada.
4. Majoração da indenização por danos morais fixada na r. sentença para R$ 10.000,00 (dez mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade, moderação e proporcionalidade.

Precedentes dessa Corte: AC 0006751-03.2003.4.03.6103, SEXTA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, j. 7/4/2016, e-DJF3 19/4/2016; AC 0003954-27.2012.4.03.6107, QUARTA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, j. 13/8/2015, e-DJF3 8/9/2015.
5. Revela-se perfeitamente razoável a fixação dos honorários advocatícios realizada em primeiro grau de jurisdição - 10% sobre o valor total da condenação - em atendimento ao critério da equidade (art. 20, § 4º, do CPC) e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1628973 - 0000698-39.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/08/2016)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO (ART. 37, § 6º, DA CF) - HOMÔNIMOS - CPF EM DUPLICIDADE - NEXO DE CAUSALIDADE E PREJUÍZOS EXTRAPATRIMONIAIS COMPROVADOS - INDENIZAÇÃO CABÍVEL - *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO - MANUTENÇÃO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 326 DO C. STJ.
1. A hipótese enquadra-se na teoria da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF.
2. Incontroversa a duplicidade de inscrição junto ao Cadastro de Pessoas Físicas, fato afirmado pela própria ré em sua peça defensiva e corroborado pela prova documental produzida nos autos.
3. Por força da inscrição dúplice no Cadastro de Pessoas Físicas, a autora foi investigada pela prática de estelionato, tendo inclusive recebido a visita de agentes policiais em sua residência.
4. Constatado o dano e o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e os prejuízos de cunho extrapatrimonial suportados pela autora, é cabível a indenização por danos morais.
5. O *quantum* de indenização deve considerar o sofrimento causado e o comportamento lesivo, observadas a proporcionalidade e a vedação do enriquecimento sem causa. Manutenção em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).
6. O art. 1º-F da Lei nº 9494/97, em sua redação original, contemplava tão somente os juros de mora incidentes sobre verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, hipótese distinta da dos autos. Esse dispositivo, no entanto, foi alterado pela Lei nº 11.960/09, de 29.06.09, de forma que todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, passaram a sofrer a incidência de seus mandamentos. Incidência da norma a partir de sua vigência. Precedente do C. STJ.
7. Em se tratando de compensação de danos morais, o arbitramento de valor inferior ao pleiteado pela parte autora não importa em sucumbência recíproca. Inteligência da Súmula nº 326 do C. Superior Tribunal de Justiça.
8. Apelação parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1398710 - 0010473-02.2004.4.03.6106, Rel. JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, julgado em 07/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/11/2013)

In casu, está incontroverso nos autos que o recorrido *Raimundo Rodrigues da Silva*, filho de *Maria Rodrigues da Silva*, é o legítimo portador do CPF nº 3.411.558-70 e que, mesmo assim, por erro da recorrente, uma segunda via desse documento acabou sendo emitida para o homônimo *Raimundo Rodrigues da Silva*, *filho de Severina Zulmira da Conceicao*. Confiram-se, a respeito, os documentos colacionados às fls. 51/54 e 90/91.

Resta apurar, portanto, se tal falha acarretou danos morais em desfavor do apelado, sempre lembrando que, mesmo no contexto da responsabilidade objetiva, a caracterização do dano moral não prescinde da conjugação dos requisitos ação, nexo causal e dano.

Pois bem. Às fls. 10 consta cópia de Boletim de Ocorrência pelo qual o recorrido, unilateralmente, noticiou que seu número de CPF estava sendo utilizado por outra pessoa (que fez compras nas Casas Bahia), bem como que, por tal motivo, seu nome constava indevidamente em cadastro de inadimplentes mantido pelo Serviço de Proteção ao Crédito - SPC.

Posterior declaração emitida pelo SPC (fls. 12), por sua vez, atestou que nenhuma restrição constava em nome do apelado, tendo informado, ainda, que (*verbis*) "as informações de consultas anteriores não são desabonadoras, portanto não deverão ser transmitidas ao cliente como fator de restrição ao crédito".

Na petição inicial, se chegou a apontar que o homônimo, dispondo indevidamente do CPF, acabou sacando o PIS do autor. O extrato às fls. 13, entretanto, apenas comprova que o saldo relativo ao PIS do recorrido, vinculado desde 01.12.1976, estava zerado em 07.03.2003, mas nada esclarece acerca de eventual crédito anterior ou o responsável pelo saque. Nesse ponto, pesa ainda a constatação que o autor, antes da citação da ré, desistiu do pedido referente à indenização por danos materiais, por "falta de condições para a sua quantificação" (*verbis*, fls. 22), o que induz a certa perplexidade, eis que, no cenário dos autos, tem-se um interesse em condenação por danos morais em virtude do suposto e indevido saque do crédito do PIS, mas não no correspondente ressarcimento.

Às fls. 30/31, observa-se petição do apelante informando ter descoberto a qualificação e endereço do homônimo que usava seu CPF, requerendo a sua oitiva como testemunha. Ocorre que, à vista de posterior despacho proferido pelo MM. Juízo *a quo* para que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, bem como, no caso da prova testemunhal, indicassem se era possível que comparecessem independentemente de intimação (fls. 72), tem-se que o autor restou silente, tornando preclusa a possibilidade de produção da prova (certidão: fls. 73).

Como se pode verificar, ainda que irrefragável o erro do Poder Público em conferir o CPF do autor a um homônimo, não foi comprovado que tal situação gerou qualquer dano relevante na sua esfera extrapatrimonial. Ademais, importante sublinhar que as principais situações descritas na exordial - imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes e indevido saque na conta do PIS - restaram fragilizadas pela prova documental coligida.

A bem ver, observa-se que a r. sentença, mesmo admitindo que a inscrição do autor no SPC não restou configurada e deixando de sinalizar qualquer outro acontecimento moralmente desabonador, reconheceu a ocorrência de danos morais *in re ipsa*, sob o fundamento de que "O CPF é documento individual, pessoal e intransferível. O seu fornecimento em duplicidade é certamente danoso" (fls. 84).

Ocorre que a caracterização do dano moral *in re ipsa*, ou seja, independentemente de comprovação, dado importar em extraordinário enaltecimento do instituto "dano moral", só tem lugar nas hipóteses em que, vista a dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar que o prejuízo aconteceu, o que não ocorre na espécie, mormente porque dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, não se podendo aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária configure dano moral. Nesse sentido: STJ, REsp 1615440, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe: 14.09.2016; REsp 1.426.710, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe: 09.11.2016.

Isto posto, dá-se provimento à apelação para julgar improcedente o pedido inicial, fixados honorários advocatícios em r$ 1.000,00 (um mil reais), observada a gratuidade de

justiça deferida em favor do vencido (fls. 16) e o disposto no artigo 12 da lei nº 1.050/1960.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000557-34.2006.4.03.6118
(2006.61.18.000557-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: JULIANA CALIXTO DE CASTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 1787833
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO PARA SARGENTOS DA AERONÁUTICA. EAGS-B. REPROVAÇÃO EM EXAME DE SAÚDE. BAIXA ACUIDADE VISUAL. MIOPIA. LAUDO MÉDICO EM SENTIDO DIVERSO. AUTORA SATISFAZ OS CRITÉRIOS DE ACUIDADE VISUAL DAS INSTRUÇÕES TÉCNICAS DAS INSPEÇÕES DE SAÚDE NA AERONÁUTICA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Caso em que a autora pretende provimento jurisdicional que vise assegurar em definitivo a validação de todas as fases do concurso de admissão no Estágio de Adaptação à Graduação para Sargentos da Aeronáutica (EAGS-B/2006), bem como garantir todas as prerrogativas inerentes à sua condição de aluna, em igualdade de condições aos demais alunos do referido estágio, uma vez que foi declarada inapta na Inspeção de Saúde do Comando da Aeronáutica. Consta dos autos que o motivo da inabilitação foi em decorrência de a autora apresentar MIOPIA, deficiência de ordem oftalmológica.

2. As Instruções Específicas para o Exame de Admissão ao Estágio de Adaptação à Graduação de Ensino da Aeronáutica (IE/EA EAGS-B) estabelecem os seguintes requisitos visuais: "Anexo 3, item 1.4 Requisitos Visuais:1.4.1 Acuidade visual a 06 (seis) metros - visão igual a 0,5 (20/40), no mínimo, em cada olho, separadamente, sem correção, *desde que, com uso de lentes corretoras, atinja 01 (20/20).*"

3. *In casu, a* autora carreou aos autos relatórios médicos que atestam sua capacidade de enxergar 100%, sem óculos, de perto, bem como 100%, de longe, por meio de lentes corretivas (óculos ou lentes de contato), concluindo que a autora "pode exercer qualquer atividade que necessite visão perfeita para perto (e.g. atividades burocráticas/administrativas) com ou sem óculos e qualquer atividade que exija visão perfeita para longe com óculos ou lentes de contato."

4. Ademais, embora a inspeção de saúde da Aeronáutica a tenha considerado como "incapaz para o fim a que se destina", o laudo da perita judicial chegou a entendimento diverso, concluindo pela aptidão da autora, afirmando que as atividades podem ser desempenhadas com uso de lentes corretoras, sendo que sua acuidade visual para longe, com lentes de correção, em ambos os olhos é de 20/20, ou seja, atendendo, integralmente, os requisitos visuais exigidos no edital.

5. Cabe ressaltar, ainda, que a autora candidatou-se a cargo para desempenhar funções administrativo-burocráticas, mais uma razão para concluir que ser portadora de miopia, passível de correção por meio de lentes corretivas, não justifica a eliminação da autora do concurso, em homenagem ao Princípio da Razoabilidade.

6. Assim, diante da expressa conclusão do lauto da perita judicial, terceira imparcial, de que a autora enquadrou-se nos limites exigidos pelo edital, forçoso concluir pela ilegalidade do ato administrativo que redundou na exclusão da autora do certame.
7. Apelação desprovida.

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, 15 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela *União Federal* em ação ordinária ajuizada por *Juliana Calixto de Castro*, objetivando provimento jurisdicional que vise anular o ato administrativo que excluiu a autora do concurso de admissão no Estágio de Adaptação à Graduação para Sargentos da Aeronáutica (EAGS-B/2006).

Alega a autora que, após ter sido aprovada em prova objetiva e classificada em 2º lugar para o cargo na especialidade de Administração (SAD), foi considerada "incapaz para o fim a que se destina" na inspeção de saúde, realizada pela Junta Médica do Comando da Aeronáutica, por ser portadora de MIOPIA.

A presente demanda foi distribuída por dependência à ação cautelar inominada nº 2006.61.18.000418-1, na qual foi deferido o pedido de antecipação de tutela (f. 31), garantindo a participação da autora nas demais fases do concurso. A União Federal interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão, naqueles autos, tendo sido convertido em agravo retido por esse E. Tribunal Federal.

Ao final, pautado em perícia judicial, o juízo *a quo* julgou procedente a demanda, para "condenar a ré a reconhecer o direito da autora de prosseguir nas etapas subsequentes à inspeção de saúde do curso de Exame de Admissão (Modalidade B) ao Estágio e Adaptação à Graduação de Sargento da Aeronáutica - IE/EA EAGS Turma B -2006 da Escola de Especialistas de Aeronáutica - EEAR, assegurada sua matrícula, se adimplidas todas as condições impostas pelo edital afora a questão discutida nestes autos, com os mesmos direitos e garantias outorgados aos demais candidatos matriculados, inclusive diplomação, formatura e graduação a Terceiro-Sargento, na hipótese de aproveitamento, com êxito, do aludido curso".

Em apelação, alegou a ré, em apertada síntese, que a autora não preenchia os requisitos visuais determinados pelo edital, para o exercício das atividades militares, na ocasião da Inspeção de Saúde, bem assim que a ré agiu respaldada pela legalidade, pleiteando, dessa forma, a inversão dos ônus das custas processuais e da verba honorária.

Com contrarrazões, vieram os autos a essa Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): A autora pretende provimento jurisdicional que vise assegurar em definitivo a validação de todas as fases do concurso de admissão no Estágio de Adaptação à Graduação para Sargentos da Aeronáutica (EAGS-B/2006), bem como garantir todas as prerrogativas inerentes à sua condição de aluna, em igualdade de condições aos demais alunos do referido estágio, uma vez que foi declarada inapta na Inspeção de Saúde do Comando da Aeronáutica. Consta dos autos que o motivo da inabilitação foi em decorrência de a autora apresentar MIOPIA, deficiência de ordem oftalmológica.

A regulamentação atinente à capacidade física dos que pretendem ingressar nos Cursos de Formação de Sargentos da Aeronáutica consta da Portaria DEPENS nº 214/DE2, 29/08/2005.

As Instruções Específicas para o Exame de Admissão ao Estágio de Adaptação à Graduação de Ensino da Aeronáutica (IE/EA EAGS-B) estabelece os seguintes requisitos visuais: "Anexo 3, item 1.4 Requisitos Visuais:1.4.1 Acuidade visual a 06 (seis) metros - visão igual a 0,5 (20/40), no mínimo, em cada olho, separadamente, sem correção, *desde que, com uso de lentes corretoras, atinja 01 (20/20).*"

In casu, a autora carreou aos autos relatórios médicos que atestam sua capacidade de enxergar 100%, sem óculos, de perto, bem como 100%, de longe, por meio de lentes corretivas (óculos ou lentes de contato), concluindo que a autora "pode exercer qualquer atividade que necessite visão perfeita para perto (e.g. atividades burocráticas/administrativas) com ou sem óculos e qualquer atividade que exija visão perfeita para longe com óculos ou lentes de contato." (f. 18-20).

Ademais, embora a inspeção de saúde da Aeronáutica a tenha considerado como "incapaz para o fim a que se destina", o laudo da perita judicial, realizado no curso desta ação, em 13.11.2009, chegou a entendimento diverso, concluindo pela aptidão da autora, afirmando que as atividades podem ser desempenhadas com uso de lentes corretoras, sendo que sua acuidade visual para longe, com lentes de correção, em ambos os olhos é de 20/20, ou seja, atendendo, integralmente, os requisitos visuais exigidos no anexo 3, item 1.4 do edital do EAGS-B. (f. 131-136)

Cabe ressaltar, ainda, que a autora candidatou-se a cargo para desempenhar funções administrativo-burocráticas, mais uma razão para concluir que ser portadora de miopia, passível de correção por meio de lentes corretivas, não justifica a eliminação da autora do concurso, em homenagem ao Princípio da Razoabilidade.

Assim, diante da expressa conclusão do laudo da perita judicial, terceira imparcial, de que a autora enquadrou-se nos limites exigidos pelo edital, forçoso concluir pela ilegalidade do ato administrativo que redundou na exclusão da autora do certame.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MIOPIA. AUTORA SATISFAZ OS CRITÉRIOS DE ACUIDADE VISUAL DAS INSTRUÇÕES TÉCNICAS DAS INSPEÇÕES DE SAÚDE NA AERONÁUTICA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. 1 - Afasto a alegação da apelante de que a autora deveria insurgir-se no momento da publicação do edital, porquanto o momento oportuno para a reclamação ocorre com a publicação do resultado médico. *2 - A autora foi considerada inapta por possuir miopia e astigmatismo no olho esquerdo, apre-*

sentando acuidade visual de 20/150, sem correção, no olho esquerdo, conforme documento de folha 147. 3 - Embora o edital preveja, no item 3.1, a necessidade de acuidade visual a 6 metros de (20/40), desde que, com uso de lentes corretoras, atinja visão de (20/20), as Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica - ICA 160-6/2006 - exigem apenas 20/200 e 20/30 respectivamente, critério que é satisfeito pela autora. 4 - Saliente-se que, conforme documento de folha 14, a autora possui acuidade visual de 20/20 com as lentes corretoras. 5 - Por fim, ressalto que a autora candidatou-se ao cargo de enfermagem, sendo que o uso de lentes corretoras não lhe causará qualquer empecilho ao exercício da atividade. 6 - Negado provimento à apelação. (AC 00004083820064036118, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2016) (Destaquei)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA OFICIAL DA AERONÁUTICA - COMAER. REPROVAÇÃO EM EXAME DE SAÚDE. BAIXA ACUIDADE VISUAL. ICA 160-6/2004. ADEQUAÇÃO DO EDITAL À PREVISÃO NORMATIVA. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM VALOR EXCESSIVO. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS. *A autora, ora apelada, inscreveu-se no Exame de Admissão ao Curso de Formação de Sargentos da Aeronáutica - CFS "B" 1/2005, tendo sido considerada "incapaz para o fim a que se destina" na "inspeção de saúde", porquanto apresentou acuidade visual abaixo do parâmetro exigido no edital.* O item 1.4 do edital do certame estabelece os requisitos que compõem a inspeção de saúde e os parâmetros exigidos para a obtenção da menção "apto", quais sejam: acuidade visual a 06 (seis) metros - visão igual a 0,5 (20/40), no mínimo, em cada olho, separadamente, sem correção, desde que, com uso de lentes corretoras, atinja 01 (20/20). A ICA (Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica) nº160-6 de 2004 estabelece 05 (cinco) requisitos distintos para a aferição de acuidade visual, de acordo com a especialidade do cargo pretendido. *A previsão do edital refere-se à modalidade de Aeronavegantes (Requisito Visual nº 02 da ICA 160-6 de 2004), o que não se amolda ao cargo pleiteado pela ora apelada através do Concurso em questão.* Tendo sido diagnosticada a apelada com miopia de 20/200 em ambos os olhos, sem correção, conforme fls. 196/216, é evidente haver sido atendida integralmente a indigitada exigência do Requisito Visual nº 03. A regra prevista no edital para a aferição da capacidade visual dos candidatos deve amoldar-se à previsão legal supramencionada. Em relação à verba honorária, o valor fixado na sentença *a quo* (10% sobre o valor da causa - R$ 100.000,00, fl. 09) mostra-se excessivo, especialmente em razão da pouca complexidade da matéria envolvida, bem como da ausência de apresentação de contrarrazões de recurso (fl. 352v), razão pela qual é razoável a fixação em 1% sobre o valor da causa, em consonância ao entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, adotado por esta Quarta Turma. Remessa oficial, tida por ocorrida, e apelação parcialmente providas. (AC 00016258720044036118, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/09/2015) (Destaquei)

Dessa forma, diante do exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação, mantendo a sentença tal como lançada.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002938-44.2007.4.03.6000
(2007.60.00.002938-0)

Apelante: CONEXÃO ESPAÇOS PUBLICITÁRIOS LTDA.
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AC 1656378
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

AÇÃO DE COBRANÇA - PRORROGAÇÃO TÁCITA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - VALORES DEVIDOS PELO USO DE ÁREA PÚBLICA - APELAÇÃO DESPROVIDA.
1- O contrato não é de constituição de renda, mas de concessão de uso de área pública. O negócio jurídico tem natureza jurídica de direito público. Trata-se de contrato administrativo.
2- Não há norma específica reguladora da prescrição em contratos administrativos. Incide o artigo 205, do Código Civil, de 2002. Os débitos venceram nos anos 2001 e 2002. A ação foi proposta em 2007. Não ocorreu a prescrição.
3- A prova indica a prorrogação tácita do contrato administrativo. A condenação deve ser mantida, sob pena de enriquecimento ilícito da apelante, que permaneceu utilizando-se da área pública do aeroporto, para veicular propaganda.
4- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de ação ordinária destinada a viabilizar a cobrança de valores previstos em contrato administrativo.

A autora, ora apelada, sustenta que houve prorrogação verbal do contrato administrativo de concessão de uso de área pública inadimplido pela apelante.

A r. sentença julgou procedente o pedido inicial, para condenar a apelante a pagar o valor de R$ 38.070,052, acrescidos de correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, e juros de mora, desde a citação, de 1% ao mês, nos termos do artigo 406, do Código Civil.

Determinou que deverá ser abatido o valor dos quatro painéis pertencentes à apelante, que estão em poder da INFRAERO.

A apelante sustenta a improcedência da ação, sob os seguintes fundamentos: prescrição; o contrato não foi prorrogado; é nulo o contrato verbal; não manteve os painéis no aeroporto, após o término do contrato.

As contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

A preliminar de prescrição não é pertinente.

O contrato não é de constituição de renda, mas de concessão de uso de área pública (fls. 26/39). O negócio jurídico tem natureza jurídica de direito público. Trata-se de contrato administrativo.

A jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA EM AEROPORTO FEDERAL. CONTRATO DE NATUREZA PÚBLICA. - Cuidando-se de contrato firmado pela Infraero com empresa privada, envolvendo imóvel de propriedade da União Federal, a natureza do pacto é de direito público, aplicando-se o Decreto-Lei 9.760/46. Ademais, os bens da Infraero na área de atividades aeroportuárias, como é o caso dos autos, sujeitam-se às regras de direito público.
> (TRF-4 - AC: 30841 PR 2006.70.00.030841-2, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 16/09/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 28/09/2009).

As obrigações que deram origem à ação de cobrança venceram na vigência do Código Civil de 1916 (fl. 54). Entretanto, o prazo prescricional é regulado pelo Código Civil de 2002, nos termos do artigo 2.028:

> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Não há norma específica reguladora da prescrição em contratos administrativos. Incide o artigo 205, do Código Civil, de 2002:

> Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Os débitos venceram nos anos 2001 e 2002. A ação foi proposta em 2007. Não ocorreu a prescrição.

O contrato tinha prazo de doze meses, com término fixado em 30 de abril de 2001 (fl. 54).

As partes iniciaram as tratativas para a renovação do negócio jurídico (fls. 43/47). Houve expressa manifestação de vontade, no sentido da prorrogação do contrato.

Entretanto, a apelante não conseguiu providenciar a documentação exigida para a formalização do contrato.

A apelante alega que o contrato foi encerrado em 30 de abril de 2001, mas os painéis permaneceram no aeroporto e veiculavam propaganda.

Em julho de 2001, admitiu a existência de débitos perante a apelada.

A conduta da apelante revela que considerou prorrogado o contrato.

Portanto, a prova indica a prorrogação tácita do contrato administrativo. A condenação deve ser mantida, sob pena de enriquecimento ilícito da apelante, que permaneceu utilizando-se da área pública do aeroporto, para veicular propaganda.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004280-11.2012.4.03.6002
(2012.60.02.004280-3)

Apelante: ANTONIO JOSÉ DE CAVALHO E SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 2158196
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2017

EMENTA

SERVIDOR. REAJUSTE GERAL ANUAL. INDENIZAÇÃO POR OMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. A iniciativa para procedimento legislativo para fins de concessão de revisão geral anual a servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo indenização na hipótese de omissão, que representaria a própria concessão de reajuste sem previsão legal. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte.
2. Apelação desprovida.

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

São Paulo, 08 de novembro de 2016.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de ação ordinária proposta por Antonio José de Carvalho e Silva em face da União objetivando o pagamento de indenização por danos morais e materiais, proporcionais aos reajustes remuneratórios não concedidos, em razão de alegada omissão estatal em proceder à revisão geral anual prevista constitucionalmente.

Às fls. 101/103-verso, sentença julgando improcedente a ação.

Apela o autor às fls. 105/118, sustentando, em síntese, que "a não concessão do reajuste anual acarreta sim em uma diminuição do patrimônio jurídico do servidor, pois ano a ano o servidor deixa de ter seus valores remuneratórios reajustados, ao passo que a inflação anualmente se renova" (fl. 108) e que "o estado sendo causador do dano deve criar meios, condições para socorrer o direito do servidor, pois trata-se do princípio da soberania estatal ante ao território e seu povo" (fl. 109). Aduz, ainda, que "foi reconhecido repercução (sic) geral a respeito do tema, e que tramita perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário

565.089/SP ao qual através do voto do relator Marcos (sic) Aurélio (ao qual acima já mencionamos), se demonstrou tendencioso em reconhecer os danos causados pelo estado diante da omissão estatal em não regulamentar o disposto no artigo 37, X, da CF" (fl. 111). Alega, ainda, que "o dano moral se configura pela inércia estatal que não realiza o reajuste anual garantido pela constituição, o que faz com que o servidor/trabalhador sofra os dissabores do exercício da atividade pública vendo o estado lesar seu patrimônio" (fl. 112). Por fim, aduz que "não há o que se falar no caso em tela que o judiciário está invadindo competência do executivo ou do legislativo, ao sanar tamanho abuso por parte do estado, mas que somente está cumprindo com o disposto no texto constitucional no que tange ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário" (fl. 114) e que "a iniciativa do presidente da república em regulamentar o disposto no artigo 37, X, da CF trata-se de ato administrativo vinculado e não discricionário como fundamentou o juiz monocrático, e que sua mora em regulamentar o texto constitucional acarreta prejuízos enormes ao patrimônio jurídico dos servidores públicos" (fl. 117).

Com contrarrazões (fls. 120/123) subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Cinge-se a controvérsia à possibilidade, ou não, de se impor à União o dever de pagar indenização por danos morais e materiais a servidor público federal (lotado no INCRA) por alegada omissão do Chefe do Executivo em propor projeto de lei regulamentando o direito de revisão geral anual nas remunerações dos servidores públicos, previsto no art. 37, X, da Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se em sentido contrário a tal pretensão, tendo em vista que eventual condenação implicaria na própria concessão do reajuste pretendido:

> PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. *I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão. II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal.* III - Agravo improvido. (RE-AgR 553231, RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, 13.11.2007, STF)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de assinatura no recurso interposto, desde que o procurador esteja devidamente identificado, com procuração nos autos e atuando no processo, há de ser tida como mero erro material. *2. Não compete ao Poder Judiciário deferir pedido de indenização no tocante à revisão geral anual de servidores, por ser atribuição privativa do Poder Executivo.* (RE 528965 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 31/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00054 EMENT VOL-02282-16 PP-03207 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 132-134)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - *SERVIDORES PÚBLICOS - REMUNERAÇÃO - REVISÃO GERAL ANUAL (CF, ART. 37, X) - ALEGADA INÉRCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - PRETENDIDA INDENIZAÇÃO CIVIL EM FAVOR DO SERVIDOR PÚBLICO COMO DECORRÊNCIA DA OMISSÃO ESTATAL - NÃO-RECONHECIMENTO DESSE DIREITO - PRECEDENTES* - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 509795 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/03/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00045 EMENT VOL-02279-06 PP-01137)

No mesmo sentido a jurisprudência do C. STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. REVISÃO GERAL ANUAL. OMISSÃO LEGISLATIVA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. Verifica-se que o Tribunal de origem decidiu o mérito da controvérsia à luz de fundamento eminentemente constitucional, matéria insuscetível de ser examinada em recurso especial. 2. Ainda que superado o referido óbice, *o aresto atacado encontra- se em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a inércia do Chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão desta natureza representa a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo*" (AgRg no REsp 1.319.350/AP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRESP 201101411333, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 24/11/2014 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL DE REMUNERAÇÃO (ART. 37, X, DA CF). INDENIZAÇÃO POR OMISSÃO LEGISLATIVA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. *1. Firmou-se, nesta Corte Superior de Justiça, o entendimento de que é incabível a concessão, pelo Poder Judiciário, de indenização aos servidores públicos em decorrência de omissão legislativa referente à revisão geral anual de vencimentos, uma vez que a pretensão recai, na realidade, em concessão de aumento remuneratório (reajuste), carente de previsão legal. 2. O Princípio da Separação de Poderes impede que o Judiciário obrigue o Chefe do Poder Executivo a apresentar projeto de lei de sua iniciativa privativa e discricionária. Precedentes do STJ.* 3. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200701238190, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/10/2014 ..DTPB:.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. REAJUSTE GERAL ANUAL. OMISSÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a inércia do Chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão do reajuste geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão dessa natureza representa a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo. Precedentes.* 2. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança e nem produz efeitos patrimoniais pretéritos, a teor das Súmulas nº 269 e 271 do STF. 3. Agravo regimental não provido. (AROMS 200701347677, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 26/08/2014 ..DTPB:.)

Esta E. Corte adota posicionamento no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA EM APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO. MORA DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. *1. Malgrado de fato a Corte Suprema já haver declarado a mora legislativa do Executivo Federal em proceder ao desencadeamento do processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, não pode o Judiciário exigir sua realização, tampouco pode fixar índice de reajuste dos vencimentos dos servidores públicos. 2. O STF assentou o entendimento de que é descabida a indenização aos servidores públicos pela omissão do Chefe do Poder Executivo em enviar o projeto de lei prevendo a revisão geral anual dos vencimentos prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal. O pedido da parte autora de ser indenizada pelo não reajuste de seus rendimentos representaria, na prática, a própria concessão do reajuste de vencimentos sem lei* 3. Não havendo lei específica prevendo percentual definido de reajuste, não se há falar em dano patrimonial indenizável, ainda porque não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional - na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos -, com mais razão não poderia fazê-lo o Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação. *4. A pretensão da parte autora refoge à alçada do Judiciário, dado ser-lhe defesa a atuação como legislador positivo, não possuindo a almejada função de determinar o aumento dos vencimentos dos servidores, ainda que sob o fundamento da isonomia, na linha do quanto prescrito pela Súmula 339/STF, corroborada pela Súmula-Vinculante 37/STF, pena de ferimento ao princípio da independência dos Poderes da União*. 5. Agravo legal desprovido. (AC 00079523220054036112, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/03/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. ARTIGO 37, INCISO X, DA CF. NECESSIDADE DE LEI PARA A CONCESSÃO DO REAJUSTE. ATO DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO EM FACE DA OMISSÃO NO ENVIO DO PROJETO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Conquanto assegurada a periodicidade da remuneração dos servidores públicos, o comando constitucional, previsto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, impõe a necessária regulamentação por meio de lei específica. Trata-se da Lei nº 10.331, de 18.12.2001, cujo teor remete ao artigo 169 da Constituição Federal e à Lei Complementar nº 101/2000. 2. Cotejo entre os dispositivos citados que leva à necessária previsão orçamentária para a concessão do aumento vindicado, matéria na qual o Judiciário não se encontra autorizado a adentrar, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, incumbindo ao Chefe do Poder Executivo, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, nos termos do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, deflagrar o processo de elaboração da norma. *3. É entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal o de que a iniciativa da lei para a concessão do reajuste constitui ato discricionário do Presidente da República, descabendo a pretensão de indenização em face da omissão no envio do projeto, sob pena de implicar, de forma reflexa, a própria concessão do benefício pleiteado. 4. Agravo legal a que se nega provimento.* (APELREEX 00080034320054036112, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REVISÃO GERAL ANUAL. OMISSÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. I - O fundamento pelo qual a apelação foi julgada nos termos do artigo 557, do CPC, se deu pela ampla discussão da matéria já pacificada pelo E. Supremo Tribunal Federal e/ou Superior Tribunal de Justiça e por esta C. Corte, o que se torna perfeitamente possível devido à previsibilidade do dispositivo. *II - A concessão de indenização, com fundamento na mora do chefe do Poder Executivo em dar efetividade ao artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, redundaria na concessão do próprio reajuste, o que, segundo remansosa jurisprudência, é vedado ao Poder Judiciário. Precedentes.* III - Agravo legal improvido. (AC 00243318420054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/06/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0013147-82.2015.4.03.6100
(2015.61.00.013147-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: ERICA BARBOSA E SILVA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA
Classe do Processo: AMS 364927
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E TABELIÃO DE NOTAS. INVESTIDURA EM CARÁTER ORIGINÁRIO. CNPJ. NOVA INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE.
1. A impetrante foi investida no cargo público em caráter originário e não possui qualquer relação com o notário anterior.
2. Nos termos pacificados pela Turma julgadora, "os serviços notariais e de registro foram definidos no artigo 236 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.935/94. Da interpretação sistemática dos dispositivos conclui-se que o serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria" - AMS 2013.61.00.013486/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 05/03/2015, D.E. 19/03/2015.
3. Nesse diapasão, impende anotar que os cartórios não possuem personalidade jurídica, respondendo os notários e oficiais de registro, pessoalmente, pelos danos causados.
4. Reconhecido o direito de expedição de novo CNPJ.
5. Precedentes: AMS 2011.61.00.022493-4/SP, Relator Desembargador Federal NERY JÚNIOR, Terceira Turma, j. 22/01/2015, D.E. 28/01/2015; e AI 2015.03.00.026352-8/MS, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 03/08/2016, D.E. 31/08/2016.
6. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança em que a impetrante objetiva o reconhecimento do direito à obtenção de novo CNPJ, em razão de sua investidura como Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 47º Subdistrito - Vila Guilherme da Comarca da Capital/SP.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo a segurança para determinar que a autoridade coatora expeça nova inscrição junto à Receita Federal. Submeteu ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a União Federal, sustentando, em apertada síntese, a legalidade do procedimento administrativo adotado.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da remessa necessária e da apelação.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

A apelação e a remessa oficial não merecem prosperar.

Sobre o tema, deve ser anotado que a Constituição Federal, no artigo 236, trata dos serviços notariais e de registro, a saber, *verbis*:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
> § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.
> § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
> § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

O referido artigo 236, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei nº 8.935/94, a qual assim fixou em seus artigos 3º e 22, *verbis*:

> Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.
>
> Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).
> Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Tal como flagrado pela MMª Julgadora de primeiro grau, em sua bem lançada sentença de fls. 58 e ss. do presente *mandamus*, "(...) assim, portanto, conclui-se que o serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria. No caso dos autos, a parte impetrante foi investida no cargo público, conforme Termo de Outorga de Delegação às fls. 16, e, sendo assim, não possui qualquer vinculação com o notário anterior. Dessa forma, se mostra razoável nova inscrição do cartório no CNPJ, com a mudança de titularidade, evitando-se, com isso, confusão indevida das obrigações civis, comerciais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias assumidas pelo titular anterior. Não há regramento específico que impeça a nova inscrição em decorrência da mudança de titularidade, mostrando-se abusiva a negativa da autoridade impetrada em fornecer nova inscrição, tendo em vista a finalidade do cadastro de facilitar o controle e a fiscalização da arrecadação dos tributos devidos. Em suma, os dispositivos constitucionais e legais preceituam a individualidade da delegação do exercício da atividade de tabelião e de registro, não atribuindo à serventia personalidade jurídica. Dessa forma, não possuindo o tabelionato personalidade jurídica e sendo a inscrição no CNPJ realizada levando-se em consideração a pessoa física do Tabelião, nada mais razoável que este número seja individual, por meio de uma nova inscrição.", no que foi secundada pelo I. Parquet, em seu judicioso parecer de fls. 94 e ss., que analisando a legislação de regência, notadamente a indigitada Lei nº 8.935/94, concluiu no sentido de que "exsurge claramente da leitura dos artigos 3º e 5º que os serviços notarias e registrais são titularizados por tabeliães e oficiais de registros (profissionais do direito), o que só recrudesce a força argumentativa do já exposto no sentido de que se trata de atividade exercida por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica".

Assim, conforme pleiteado, já à inicial, pela ora impetrante, e acolhido pela MMª Juíza *a quo,* a investidura por meio de concurso público de provas e títulos se concretiza de forma originária, sem vinculação à outorga que lhe foi antecedente, refugindo, assim, da figura da sucessão tributária de que cogita o artigo 133 do Código Tributário Nacional, e não se justificando, dessa forma, a exigência aqui guerreada no que toca à manutenção, em relação à serventia que conta com novo titular, do mesmo número de cadastro junto ao CNPJ.

Impende observar, a bem aclarar a questão, que os cartórios não possuem personalidade jurídica, respondendo os notários e oficiais de registro pessoalmente pelos danos causados.

No caso apresentado nos autos a impetrante foi aprovada em Concurso de Provas e Títulos para Outorga do Estado de São Paulo, tendo recebido a outorga da delegação correspondente ao serviço de Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 47º Subdistrito - Vila Guilherme da Comarca da Capital/SP - cópia do Título de Outorga de Delegação à fl. 16.

Dessa forma, considerando que a impetrante, ora apelada, foi investida no cargo público em caráter originário e não tendo qualquer relação com o notário anterior, é de rigor o reconhecimento do direito à expedição de novo CNPJ.

Nesse exato sentido, aliás, vem decidindo esta C. Corte, conforme aresto que ora colho, *verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA - CARTÓRIO DE REGISTROS E NOTAS - CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA - CNPJ - NOVA INSCRIÇÃO
> O artigo 236 da Constituição Federal prevê que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público; regulado pelo parágrafo 3º, o ingresso na atividade, que se dá através de concurso público de provas e títulos.
> Sobre a responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro, a Carta Magna deixou a cargo

do legislador ordinário, que veio a regulamentar o artigo 236 do texto constitucional através do artigo 22 da Lei nº 8.935/94.
Verifica-se que os notários e oficiais de registro respondem, pessoal e objetivamente pelos danos causados por eles ou por seus prepostos.
Infere-se a necessidade de individualização da Serventia de Notas e Registros, já que à pessoa do oficial é atribuída a responsabilidade por atos lesivos a direitos alheios, independentemente de culpa ou dolo.
O Cartório de Registros e Notas não detém personalidade jurídica, dando-se a inscrição perante a pessoa física do serventuário.
Não se pode impor ao novo titular do cartório a vinculação ao CNPJ anterior, ante a possibilidade de transtornos, em decorrência de ajuizamento de demandas contra si, com fundamento em atos praticados pelo antigo tabelião.
Faz-se necessário assegurar ao novo responsável pelo cartório uma nova inscrição no Cadastro Nacional de Pessoal Jurídica - CNPJ.
Não há dispositivo legal que vede tal autorização. Jurisprudências.
Apelação provida.
(AMS 2011.61.00.022493-4/SP, Relator Desembargador Federal NERY JÚNIOR, Terceira Turma, j. 22/01/2015, D.E. 28/01/2015)

E ainda esta C. Turma julgadora, em recentes julgados, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS NOTARIAIS. INVESTIDURA EM CARÁTER ORIGINÁRIO. CNPJ. NOVA INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE.
O impetrante, ora agravado, foi investido no cargo público em caráter originário e não possui qualquer relação com o notário anterior.
A própria União Federal, ora agravante, admite que os cartórios não possuem personalidade jurídica, respondendo os notários e oficiais de registro, pessoalmente, pelos danos causados.
Reconhecido o direito de expedição de novo CNPJ.
Agravo de instrumento a que se nega provimento.
(AI 2015.03.00.026352-8/MS, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 03/08/2016, D.E. 31/08/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CNPJ. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. TABELIÃO. VINCULAÇÃO À PESSOA FÍSICA. NOVO REGISTRO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.
1. Os serviços notariais e de registro foram definidos no artigo 236 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.935/94. Da interpretação sistemática dos dispositivos conclui-se que o serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria.
2. No caso, o impetrante foi investido no cargo público em caráter originário, não possuindo qualquer vinculação com o notário anterior, posto que o registro por esse efetuado junto à Receita Federal refere-se à pessoa física e não à serventia.
3. Não há regramento específico que impeça a nova inscrição em decorrência da mudança de titularidade.
4. Mostra-se abusiva a negativa da autoridade impetrada em negar a possibilidade de nova inscrição, tendo em vista a finalidade do cadastro de facilitar o controle e a fiscalização da arrecadação dos tributos devidos, tais como encargos trabalhistas e previdenciários.
5. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.
(AMS 2013.61.00.013486/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 05/03/2015, D.E. 19/03/2015)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a r. sentença em seus exatos termos.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0000440-78.2017.4.03.0000
(2017.03.00.000440-4)

Requerentes: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: NEILSON PAULO DOS SANTOS E DENISE GALVES DE SOUZA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES – PRESIDENTE
Classe do Processo: SLAT 3033
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de pedido de suspensão de tutela ajuizado conjuntamente pelo Município de São Paulo e pela União em face de decisão proferida pelo Juízo da 24ª Vara Federal da Subseção Judiciária da Capital nos autos do processo nº 0009914-43.2016.403.6100, envolvendo a popularmente conhecida "Feira da Madrugada".

Alegam, em síntese, que novamente foram obrigados a ajuizar o pedido de contracautela diante de nova decisão liminar, proferida em 13.01.2017, que suspendeu os trabalhos para regularização da chamada "Feira da Madrugada".

Afirmam ser necessário o deferimento da medida para "assegurar o respeito e a efetividade das decisões proferidas em sede de Suspensão pela Presidência desta Egrégia Corte, pois, como tem ocorrido, o mesmo MM. Juízo Federal da 1ª instância tem deferido sucessivas tutelas provisórias no mesmo contexto, que têm consequências já tidas por lesivas a relevantes interesses públicos pelo Órgão de cúpula da Justiça Federal da 3ª Região - SP".

Dizem que a liminar mais recente ofende as ordens administrativa, social e econômica, de forma tão ou mais gravosa que as anteriores medidas suspensas por esta Presidência porque "A nova decisão liminar faz uso de repetição compilada, repisando argumentos que já foram enfrentados pela nobre Presidência nos casos anteriores", ponderando que "os motivos que fundamentaram as anteriores suspensões são de todo aplicáveis ao caso presente, uma vez incontestes as ofensas aos bens jurídicos tutelados pela norma".

Argumentam que a liminar sequer se atém ao que constitui o objeto da ação popular, pois a validade da concorrência já foi assegurada judicialmente, exaurindo, assim, o objetivo da ação popular. Caberia ao juízo, portanto, extinguir sem resolução do mérito pela superveniente perda de interesse processual a ação coletiva que ensejou o presente pedido.

Alegam que as inúmeras decisões liminares proferidas pelo mesmo juízo colocam em xeque o esforço comum que a Administração Pública, em suas esferas municipal e federal, vem fazendo para que o local esteja sob a égide da lei e da ordem, sob o controle do poder público e atendendo às finalidades do interesse público, uma vez que o próprio concessionário já reportou, por meio de ofícios, o cenário de insegurança que as decisões têm gerado, inclusive mencionando depredação e ameaças a comerciantes por pessoas mal intencionadas.

Como risco de lesão à ordem pública apontam que a paralisação das obras obsta o regular cumprimento das cláusulas e prazos relacionados ao Contrato de Concessão, podendo tornar indevidas as verbas a serem pagas pelo Concessionário por desequilíbrio econômico-

financeiro, já que a exploração do futuro empreendimento será fonte nodular de receita para o particular contratado. Por outro lado, a execução do contrato permite à União receber a receita prevista na cessão de uso do Pátio do Pari ao Município, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor pago pelo concessionário.

Além do mais, continuam, a decisão determinou que a administração do local seja restituída ao município, o que implica evidente lesão à ordem econômica diante do alto custo para manter o centro de compras operando.

Também apontam risco à ordem administrativa em face dos atrasos nos cronogramas provocados pelas decisões, que vem subvertendo os desígnios da Administração e obstando todo o planejamento administrativo para o uso da área.

É o relatório.

Decido.

Primeiramente saliento causar-me espécie a existência dessa ação popular, de nº 0009914-43.2016.403.6100, bem como a sua liminar, pois me parece se tratar de repetição de outra ação coletiva já em curso.

Com efeito, no início de 2015 foi ajuizada a ação popular nº *0023086-86.2015.4.03.6100,* que tramitou pela E. 19ª Vara Federal da Capital, objetivando (fl. 529):

> Trata-se de ação popular, com pedido de liminar, objetivando a parte autora obter provimento jurisdicional que determine aos réus que se abstenham de celebrar o contrato de concessão previsto no Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 com o consórcio denominado Circuito São Paulo, ligado ao grupo Rodway Centro Comercial S.A, liderado pela empresa Mais Invest Empreendimentos e Incorporações, vencedora do certame. Ao final, pleiteia a declaração de nulidade da Licitação referente ao Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 e, consequentemente, todos os atos dela decorrentes.

Aduzida ação teve a liminar deferida e impugnada nesta Corte por meio de Suspensão de Liminar (SLAT), de nº 0029987-37.2015.4.03.0000. Nesta, foi proferida decisão que autorizou "a formal e efetiva contratação da concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados e de outras obrigações acessórias, sem as restrições impostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo" (fls. 542/561).

Não obstante, o mérito da ação popular nº 0023086-86.2015.4.03.6100 foi apreciado por meio de sentença, que julgou *improcedente o pedido* (fls. 529/540). Temos, então, uma sentença de mérito dispondo de forma clara que não houve nenhuma ilegalidade com a licitação aberta pelo Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014, sendo possível, por conseguinte, a assinatura do contrato.

Paralelamente a esse processo temos uma *outra ação popular*, de nº *0009914-43.2016.403.6100* - e da qual decorre a SLAT em apreço -, em trâmite na 24ª Vara Federal de São Paulo, objetivando que sejam "invalidados todos os atos praticados pelos réus em relação à Concorrência Pública para a Concessão de Obra Pública para a Construção, Implantação, Operação, Manutenção e Exploração Econômica do Circuito das Compras - Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 - Processo nº 2013-0.363.235-3".

Assim, temos uma primeira ação popular julgada improcedente por não vislumbrar nenhuma ilegalidade com a licitação e uma outra ação coletiva, posterior, objetivando a in-

validação de todos os atos referentes à licitação.

Nesse contexto penso, sem realizar um exame profundo dos fundamentos jurídicos de ambas as demandas, que haveria conexão entre elas, ou, até, quiçá, litispendência.

Com relação a este instituto, conquanto não seja o caso de tríplice identidade processual porque os autores das ações populares não coincidem, saliento ser entendimento da Corte Cidadã que "Em se tratando de ações coletivas, a aferição da litispendência deve ser feita sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, ainda que, em princípio, as partes processuais sejam diferentes no momento da impetração" (AgRg nos EmbExeMS nº 6864/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 14.08.2014, DJe 21.08.2014).

Tanto numa como noutra ação popular em trâmite os autores são pequenos comerciantes presumivelmente afetados pela licitação. São, assim, beneficiários dos efeitos das decisões judiciais, o que permitiria, em caso de identidade de outros fatores, o reconhecimento da litispendência.

Litispendência à parte, entendo, como já me pronunciei em outros casos envolvendo a "Feira da Madrugada", que a decisão que determinou a suspensão do contrato de concessão de obra pública, com a reassunção da administração do local pelo Município de São Paulo, deve ser suspensa.

A execução de decisão judicial proferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que compete o julgamento dos recursos, sempre que a decisão tiver o potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º, Lei nº 8.437/92).

Nos dizeres do 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) - grifo e destaque meus.

As hipóteses de cabimento dessa estreita via processual são previstas em lei e, a princípio, divorciadas do mérito da causa. A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. REFINARIA. PETRÓLEO. ICMS. REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.
> 1. A agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.
> 2. No presente caso, a manutenção do tratamento tributário diferenciado concedido à agravante pelo Decreto estadual 37.486/2005, revogado pelo Decreto estadual 40.578/2007, provoca o desequilíbrio da concorrência e dificulta a administração tributária estadual.
> 3. *Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas*.
> 4. Agravo regimental improvido.

> (STF, SS 3273 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), j. 16.04.2008, DJe 19.06.2008) - sublinhei.

Consoante ensina a doutrina especializada, "O legislador, ao criar o instituto do pedido de suspensão, o fez na tentativa de resolver uma colisão entre princípios: de um lado, os princípios da efetividade das decisões judiciais, da celeridade, e, mais amplamente, do acesso à justiça; e, de outro, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a proteção de determinados valores relevantes anteriormente escolhidos". Prossegue: "E o legislador optou por solucionar esse dilema da seguinte maneira: quando a decisão que causar perigo de lesão aos valores expressados na norma possuir caráter provisório, deve prevalecer o interesse público e a proteção dos valores sobre o interesse privado e a garantia da efetividade das decisões judiciais." - Caio Cesar Rocha, *in* Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público, Saraiva, 2012, págs. 169-270.

Pois bem, o presente pedido de suspensão de liminar decorre de decisão judicial provisória proferida em sede de ação popular (processo nº 0009914-43.2016.403.6100), que determinou (fls. 40/68):

> Isto considerado e pelo mais que dos autos consta, DETERMINO A SUSPENSÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA PARA A CONSTRUÇÃO, IMPLANTAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO CIRCUITO DAS COMPRAS (Contrato nº 013/2015/SDTE), com consequente restituição de posse e administração do Pátio do Pari para o Município de São Paulo, a ser executada no prazo de 30 dias contados da intimação desta decisão.

Ora, a suspensão do contrato, como já destacada em outras decisões afetas a esta matéria, certamente trará *prejuízos de ordem econômica* para a Administração Pública. À União porque deixará de receber parte do repasse de verbas decorrentes do contrato; ao Município, porque além da nada receber terá que reassumir a administração da "Feira da Madrugada", com todos os impactos financeiros oriundos dessa responsabilidade, estimados em R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) mensais.

Não obstante, a indecisão sobre quem administra a feira enseja dúvidas entre os próprios comerciantes do local, que não saberão quais regras devem seguir e tampouco a quem pagar pela locação dos boxes. Essa indefinição ocasiona transtorno à *ordem administrativa*, já que o Poder Público tem o poder-dever de regulamentar o uso de bem público e o comércio realizado no âmbito de seus limites territoriais.

Ainda no tocante à *ordem administrativa*, é de interesse público a manutenção de contrato precedido de licitação regularmente aberta, instruída e encerrada. Uma vez firmado o contrato entre a Administração e o particular, há interesse subjetivo de todos os envolvidos no cumprimento do pacto.

É sabido que, diante das limitações materiais, não raras vezes a Administração Pública se vê obrigada a adotar um plano estratégico, priorizando as atividades que entende mais relevantes para garantia do interesse público e cumprimento de suas atribuições. No caso em apreço a municipalidade houve por bem conceder o uso da propriedade imóvel a particular, incumbindo este de administrar o local e explorá-lo de acordo com a finalidade indicada no edital de concorrência pública.

Desse modo, mais uma vez destaco que não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário to-

mar o lugar da Administração na escolha de quais sejam as ações prioritárias, sob pena de se imiscuir na atividade administrativa, violando o fundamental princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA
> 1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).
> 2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.
> 3. *Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.*
> 4. *Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.*
> 5. Agravo desprovido.
> (AgRg no REsp 261.144/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143) - grifos inexistentes no original.

Assim, estando convencida de que a liminar deferida pelo douto juízo *a quo* causará violação aos bens tutelados pela Lei nº 8.437/92, de rigor a sua suspensão.

Ante o exposto, *DETERMINO* a suspensão da tutela deferida nos autos do processo nº *0009914-43.2016.403.6100*, da 24ª Vara Federal de São Paulo, *até que seja proferida a sentença*.

Diante do efeito multiplicador, com fulcro no § 8º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 *estendo os efeitos desta decisão a todas as liminares e antecipações de tutela supervenientes* em ações idênticas a que ensejou o presente pedido e proferidas no âmbito da jurisdição deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedente firmado na STA nº 828 do STF.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à Procuradoria Regional da República.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, arquive-se.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Constitucional

APELAÇÃO CÍVEL
0010622-98.2004.4.03.6105
(2004.61.05.010622-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Parte Ré: BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. (massa falida)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1572333
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2016

EMENTA

AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO. DESERÇÃO. PRAZO PARA COMPLEMENTAÇÃO CONCEDIDO. PARTE INERTE. RECURSO DA MASSA FALIDA BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA NÃO CONHECIDO. CEF PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. POSSE USUCAPIENDA DEMONSTRADA PELO AUTOR - LAPSO LEGAL À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.

1. No que respeita à ocorrência de deserção do recurso de apelação da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda., vejo que tal decisão há de ser mantida na íntegra, eis que, conforme fls. 1.07/1.204, ao interpor o mencionado recurso, a empresa não chegou a anexar o devido comprovante de recolhimento das custas legais, a par de ter sido concedido prazo para tal complementação. Assim, é caso de não conhecimento do recurso então manejado.

2. No que respeita ao recurso de apelação da Caixa Econômica Federal, afasto sua alegação preliminar de ilegitimidade passiva, em razão de haver garantia hipotecária em seu favor sobre o bem imóvel que é objeto de usucapião.

3. De fato, na própria contestação da CEF faz constar que a unidade objeto da presente ação de usucapião - assim como outras unidades residenciais do Condomínio - foi dada pela proprietária BPLAN CONSTRUTORA em garantia de contrato de mútuo havido entre ela e a Caixa Econômica Federal (fls. 510/516).

4. Daí despontar seu total interesse no resultado da presente lide, até mesmo para o efeito de restar mantida ou não a mencionada garantia hipotecária oferecida pela empresa construtora.

5. No mérito, vejo que a posse alegada pelo autor na inicial preenche todos os requisitos enunciados pelo art. 1.240 do Código Civil, quais sejam, seu exercício para fins de moradia ou de sua família por mais de 05 anos contínuos; tratar-se de imóvel urbano não superior a 250 metros quadrados; não ocorrência de oposição ou interrupção pelo período e a inexistência de outra propriedade imóvel rural ou urbana.

6. A posse usucapienda alegada e demonstrada pelo autor - o qual vem se responsabilizando por todas as taxas incidentes sobre o bem imóvel - data de julho de 1998 até Abril de 2004, perfazendo, desta forma, o lapso legal à prescrição aquisitiva, assim também tratado no art. 183 da Carta Magna.

7. Não há prova nos autos de qualquer oposição em relação à posse do autor, diferentemente do que é alegado pela recorrente. O imóvel em tela tem aproximadamente 44

metros quadrados, de natureza popular.
8. No mais, vem o autor contribuindo para o término da construção do imóvel por conta própria, adquirindo materiais para tanto, em vista do abandono por parte da empresa vendedora, sobre a qual foi decretada sua falência.
9. Recurso da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda não conhecido, por deserção.
10. Recurso da Caixa Econômica Federal desprovido. preliminar rejeitada.

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, não conhecer do recurso da da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda, rejeitar a preliminar aduzida e negar provimento ao recurso da CEF, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de Ação de Usucapião Especial de imóvel urbano com pedido de liminar de manutenção de posse, movida por JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA JÚNIOR em face da MASSA FALIDA DE BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, visando declarar o domínio sobre o imóvel usucapiendo, situado na Avenida Maria Clara Machado, nº 50, apto. 03, Bloco L, Condomínio Residencial Domingos Jorge Velho, Jardim Santa Cruz, em Campinas-SP, cuja área está escrita na matrícula de nº 108.973 do 3º Registro de Imóveis de Campinas-SP. O autor sustenta estar ocupando o imóvel desde julho de 1998, alegando que exerce a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel em questão há mais de cinco anos e, em síntese, que atende aos requisitos legais para a pretensão. Aduz que a construtora ré abandonou o imóvel e, consequentemente, o autor, em conjunto com os demais moradores resolveram assumir a obra e finalizá-la. Alega ainda, que o condomínio recebeu carta precatória expedida dos autos do processo falimentar da construtora-ré para fins de constatação dos atuais ocupantes de todos os apartamentos, bem como que os mesmos apresentassem documentação pertinente e que autorizasse a posse.

A Caixa Econômica Federal apresentou contestação, alegando, em síntese, a ausência de pressupostos para a usucapião especial, pugnando pela improcedência do pedido.

A Massa Falida de BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, por sua vez, apresentou contestação, sustentando preliminarmente que o processo deveria ser remetido à Justiça do Estado, aduzindo que a CEF não guardaria interesse na demanda e, requerendo no mérito a improcedência do pedido.

Às fls. 573/575 consta manifestação do Ministério Público Federal.

O Município de Campinas, o Estado de São Paulo e a União Federal comunicaram não terem interesse na causa às fls. 597/599, 610 e 612.

Foi deferida liminar para manter o autor na posse do imóvel, determinando-se às rés que se abstivessem da prática de quaisquer providências tendentes a turbá-la, bem como foi determinada a produção de provas (fls. 614/616).

A CEF manifestou-se às fls. 836, alegando que o autor exerce a posse com má fé e de forma clandestina. Posteriormente, o Ministério Público Federal deixou de opinar no mérito, aduzindo ausência de interesse a justificar a sua intervenção.

Sentença: Julgou procedente o pedido de usucapião, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, para declarar o domínio do autor sobre a área descrita na inicial e, confirmando a liminar concedida, para manter o autor na posse do imóvel, tudo de conformidade com os preceitos do art. 183 da CF/88, art. 1.240 do Código Civil e art. 941 e seguintes do CPC. Ressaltou que a posse do autor é ininterrupta e pacífica, com *animus domini*, por mais de cinco anos e que o imóvel é utilizado para moradia do autor, não possuindo este outro imóvel, bem como sustentou que o autor comprovou de modo satisfatório preencher os requisitos da usucapião requerida. Ressalvou que o registro deverá ser realizado mediante a abertura da matrícula da gleba, com a descrição da unidade e da fração ideal a ela vinculada, sustentando que os dados devem ser apurados, se necessário, na fase de liquidação de sentença. Ademais, ressaltou ser a r. sentença título para matrícula, oportunamente, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca. Custas *ex lege*. Por fim, condenou as rés ao pagamento de honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor dado à causa devidamente atualizado, bem como determinou a realização, com o trânsito em julgado, de expedição de mandado para registro, no Registro de Imóveis da Comarca.

Apelação da Caixa Econômica Federal, às fls. 1057.

Apelação de Massa Falida de BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. às fls. 1070.

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

No que respeita à ocorrência de deserção do recurso de apelação da *Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda.*, vejo que tal decisão há de ser *mantida* na íntegra, eis que, conforme fls. 1.07/1.204, ao interpor o mencionado recurso, a empresa não chegou a anexar o devido comprovante de recolhimento das custas legais, a par de ter sido concedido prazo para tal complementação. Assim, é caso de não conhecimento do recurso então manejado.

No que respeita ao recurso de apelação da *Caixa Econômica Federal*, afasto sua alegação preliminar de ilegitimidade passiva, em razão de haver garantia hipotecária em seu favor sobre o bem imóvel que é objeto de usucapião.

De fato, na própria contestação da CEF faz constar que a unidade objeto da presente ação de usucapião - assim como outras unidades residenciais do Condomínio - foi dada pela proprietária BPLAN CONSTRUTORA em garantia de contrato de mútuo havido entre ela e a Caixa Econômica Federal (fls. 510/516).

Daí despontar seu total interesse no resultado da presente lide, até mesmo para o efeito

de restar mantida ou não a mencionada garantia hipotecária oferecida pela empresa construtora.

No mérito, vejo que a posse alegada pelo autor na inicial preenche todos os requisitos enunciados pelo art. 1.240 do Código Civil, quais sejam, seu exercício para fins de moradia ou de sua família por mais de 05 anos contínuos; tratar-se de imóvel urbano não superior a 250 metros quadrados; não ocorrência de oposição ou interrupção pelo período e a inexistência de outra propriedade imóvel rural ou urbana.

A posse usucapienda alegada e demonstrada pelo autor - o qual vem se responsabilizando por todas as taxas incidentes sobre o bem imóvel - data de julho de 1998 até Abril de 2004, perfazendo, desta forma, o lapso legal à prescrição aquisitiva, assim também tratado no art. 183 da Carta Magna.

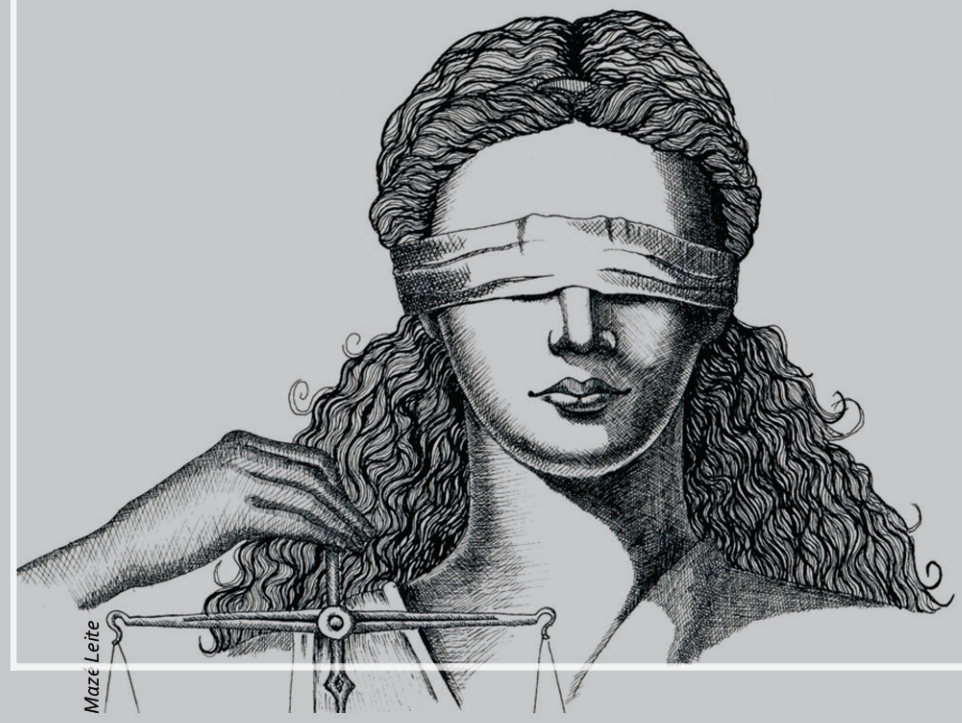
Não há prova nos autos de qualquer oposição em relação à posse do autor, diferentemente do que é alegado pela recorrente. O imóvel em tela tem aproximadamente 44 metros quadrados, de natureza popular.

No mais, vem o autor contribuindo para o término da construção do imóvel por conta própria, adquirindo materiais para tanto, em vista do abandono por parte da empresa vendedora, sobre a qual foi decretada sua falência.

Assim sendo, mantenho a decisão de não conhecimento do recurso da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda, por deserção e, em relação ao recurso da Caixa Econômica Federal, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, *nego provimento*.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0008234-03.2005.4.03.6102
(2005.61.02.008234-3)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E NILTON CÉSAR DE LIMA
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 69071
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS

1. Por não haver trânsito em julgado para a acusação, a prescrição é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, nos termos do art. 109 do Código Penal. A pena máxima prevista para o delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, é de 3 (três) anos de detenção, cujo prazo prescricional é de 8 (oito) anos, a teor do inciso IV do art. 109 do Código Penal.

2. Entre o fato (04.02.05, fl. 95) e o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) transcorreu período aproximado de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses. Entre o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) e a publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), decorreram 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias. Contado o prazo prescricional a partir da publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), a prescrição está prevista para ocorrer em 01.12.23. Portanto, não está prescrita a pretensão punitiva estatal com base na pena prevista em abstrato.

3. A materialidade delitiva está satisfatoriamente comprovada quanto ao recrutamento de trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, mediante cobrança de qualquer quantia, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção: a) termos de declaração e de interrogatório do réu, condutor do veículo; b) termos de declaração dos trabalhadores; c) termos de declaração e de oitiva do policial rodoviário federal que interceptou o veículo.

4. Em 04.02.05, policial rodoviário federal interceptou caminhão em cujo compartimento de carga, coberto por lona, eram transportadas 5 (cinco) trabalhadores. O policial rodoviário federal afirmou que a interceptação ocorreu na BR 101, em Alagoas, e que os documentos de identidade de todos os transportados estavam em poder do condutor do veículo (fls. 18/19). As declarações do policial rodoviário federal foram por ele confirmadas em sede judicial.

5. Malgrado os trabalhadores tenham declarado à Autoridade Policial que se organizaram para entrar em contato com o condutor do veículo, a ele prestando contribuição financeira espontânea que variou entre R$ 20,00 (vinte reais) e R$ 30,00 (trinta reais) (fls. 8/17), as circunstâncias da apreensão do veículo comprovam que o transporte foi realizado com a finalidade de recrutar trabalhador para execução de serviço fora da localidade.

6. O réu declarou à Autoridade Policial ser motorista autônomo (transporte de carga

e de passageiros). Alegou ter realizado o transporte de pertences de vários trabalhadores, de Batatais (SP) para Quipapá (PE) e que, para não voltar de caminhão vazio, decidiu transportar os trabalhadores, deles cobrando apenas os custos com combustível e hospedagem (fl. 7). Em Juízo, o réu apresentou versão diversa. Afirmou que trabalhava para a empresa Anatur, sediada em Goiás e que, em fevereiro de 2005, havia transportado turistas para Alagoas, aproveitando a viagem para visitar parentes em Pernambuco. Na data da interceptação do veículo (ocorrida em 04.02.05), "tinha voltado ao Nordeste para transportar arame da empresa Morlan (em Orlândia, SP) e roçadeiras da empresa Baldan (em Matão, SP), para os municípios de Feira de Santana, BA, e Catende (PE)". Embora admita conhecer os trabalhadores transportados, aduz que os "apanhou" na viagem de retorno e negou saber que iriam "cortar cana" em Batatais (fl. 176v).

7. As declarações do réu não encontram respaldo nos autos, à míngua de elementos que comprovem a realização de fretes para as empresas e que esclareçam os motivos pelos quais estava na posse dos documentos de identidade dos trabalhadores. O fato de apenas um dos trabalhadores, ter sido localizado e ouvido em juízo não permite infirmar as circunstâncias em que ocorreu a interceptação do veículo, suficientes para a comprovação da autoria delitiva. No mesmo sentido, a alegação do réu de que as testemunhas referidas na sentença recorrida referem-se a processo diverso.

8. Em observância ao art. 59 do Código Penal, o Juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. Na ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou de diminuição, a pena foi tornada definitiva. Fixado o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

9. A acusação apela da dosimetria da pena e requer a majoração da pena-base em razão das circunstâncias do crime, da personalidade e maus antecedentes do réu. Passo a rever a dosimetria da pena. Justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se o número de trabalhadores transportados e a significativa distância entre a localidade em que foram recrutados (Quipapá, Pernambuco) e a localidade na qual executariam o trabalho (Batatais, São Paulo), a indicarem a maior reprovabilidade da conduta do réu.

10. Os documentos juntados aos autos pelo Ministério do Trabalho, embora mencionem "Nilton" com condutor de um veículo que transportava trabalhadores para Batatais, não são suficientes para afirmar tratar-se do réu, à míngua de maior individualização da pessoa indicada. Ademais, não consta que tenha sido instaurado inquérito policial ou que o réu tenha sido denunciado pelos fatos que são referidos às fls. 243/281 (inquérito policial instaurado contra José Roberto da Silva). Acrescente-se ser vedada a utilização de inquéritos e processos em curso para agravar a pena-base (STJ, Súmula nº 444).

11. Assim, a pena-base deve ser fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição, torna-se definitiva a pena. À míngua de recurso das partes, e em razão da pena definitiva fixada, mantendo o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade

por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.
12. Apelação do réu não provida. Apelação do Ministério Público Federal provida em parte, para majorar a pena-base e condenar o réu à pena definitiva de 1 (um) ano e 2 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, mantida, no mais, a 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, negar provimento à apelação do réu e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para majorar a pena-base e condenar o réu à pena definitiva de 1 (um) ano e 2 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Nilton César de Lima contra a sentença de fls. 552/553v., que julgou improcedente o pedido para absolver João do Nascimento da imputação de prática do delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, e que julgou procedente o pedido para condenar Nilton César de Lima pela prática do delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, à pena de 1 (um) anos de detenção em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Aduz a acusação restar comprovada a prática do delito e requer a majoração da pena-base aplicada a Nilton César de Lima em razão das circunstâncias do crime e de sua personalidade e maus antecedentes (fls. 569/571).

Nilton César de Lima alega não ter praticado o delito, fundamentando-se o decreto condenatório em auto de prisão em flagrante e em depoimentos de testemunhas que dizem respeito a João Roberto da Silva, por conduta que não guarda conexão alguma com o apelante. Acrescenta ser descabida a condenação com base somente em elementos do inquérito policial e requer seja reconhecida a prescrição, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, V, do Código Penal (fls. 586/592).

Foram apresentadas contrarrazões pela defesa (fls. 593/596) e pela acusação (fls. 606/608).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento em parte do recurso ministerial, para majoração da pena-base para mais de 2 (dois) anos (fls. 610/613).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Nilton César de Lima e João do Nascimento foram denunciados pela prática do delito do art. 207, *caput*, e § 1º, do Código Penal, nos seguintes termos:

> Em 04 de fevereiro de 2005, nos municípios de São Benedito do Sul e Quipapá, ambos no Estado de Pernambuco, os denunciados JOÃO e NILTON CÉSAR, em concurso e com unidade de desígnios, aliciaram cinco trabalhadores lá residentes (nominados no rol de testemunhas), com o escopo de trazê-los para labor na colheita de cana-de-açúcar operada pela empresa CANAGRIL CANA AGRÍCOLA LTDA na região de Batatais/SP.
> JOÃO foi o mandante e NILTON CÉSAR o executor. Este último deslocou-se de caminhão até os municípios pernambucanos acima mencionados, onde encontrou os trabalhadores. Estes embarcaram na caçamba do caminhão, que dispunha de uma lona para ser coberta e, assim, afastar a fiscalização rodoviária. NILTON CÉSAR cobrou de cada um dos trabalhadores quantias que oscilaram entre R$ 20,00 (vinte reais) e R$ 30,00 (trinta reais).
> Quando passava por Alagoas, a Polícia Rodoviária Federal interceptou o caminhão dirigido por NILTON CÉSAR e constatou que cinco trabalhadores eram transportados no compartimento de carga, que estava coberto pela lona. (fl. 95)

Prescrição. Em apelação, pleiteia a defesa de Nilton César de Lima a extinção da punibilidade em razão da prescrição.

Por não haver trânsito em julgado para a acusação, a prescrição é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, nos termos do art. 109 do Código Penal.

A pena máxima prevista para o delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, é de 3 (três) anos de detenção, cujo prazo prescricional é de 8 (oito) anos, a teor do inciso IV do art. 109 do Código Penal.

Entre o fato (04.02.05, fl. 95) e o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) transcorreu período aproximado de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses. Entre o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) e a publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), decorreram 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias.

Contado o prazo prescricional a partir da publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), a prescrição está prevista para ocorrer em 01.12.23.

Portanto, não está prescrita a pretensão punitiva estatal com base na pena prevista em abstrato.

Do processo. Recebida a denúncia, o feito teve regular seguimento. Em alegações finais, o Ministério Público Federal postulou a absolvição de João do Nascimento, por não ter sido possível comprovar que teria sido ele quem contratou Nilton César de Lima para o transporte dos trabalhadores (fls. 513/523). O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido em relação a João do Nascimento e o absolveu nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal (fls. 553/553v.).

Materialidade. A materialidade delitiva está satisfatoriamente comprovada quanto ao recrutamento de trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, mediante cobrança de qualquer quantia, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) termos de declaração e de interrogatório de Nilton César de Lima, condutor do veículo (fls. 6/7 e 176/176v.);

b) termos de declaração dos trabalhadores (fls. 8/17, 203/204);

c) termos de declaração e de oitiva de Juarez Elias da Silva, Policial Rodoviário Federal (fls. 18/19 e mídia, fl. 464).

Autoria. Em 04.02.05, Juarez Elias da Silva, Policial Rodoviário Federal, interceptou caminhão em cujo compartimento de carga, coberto por lona, eram transportadas 5 (cinco) trabalhadores.

O policial rodoviário federal esclareceu que a interceptação ocorreu na BR 101, em Alagoas, e que os documentos de identidade de todos os transportados estavam em poder de Nilton César de Lima, condutor do veículo (fls. 18/19). As declarações do policial rodoviário federal foram por ele confirmadas em sede judicial.

Malgrado os trabalhadores tenham declarado à Autoridade Policial que se organizaram para entrar em contato com Nilton César de Lima, a ele prestando contribuição financeira espontânea que variou entre R$ 20,00 (vinte reais) e R$ 30,00 (trinta reais) (fls. 8/17), as circunstâncias da apreensão do veículo comprovam que o transporte foi realizado com a finalidade de recrutar trabalhador para execução de serviço fora da localidade.

Nilton César de Lima declarou à Autoridade Policial ser motorista autônomo (transporte de carga e de passageiros). Alegou ter realizado o transporte de pertences de vários trabalhadores, de Batatais (SP) para Quipapá (PE) e que, para não voltar de caminhão vazio, decidiu transportar os trabalhadores, deles cobrando apenas os custos com combustível e hospedagem (fl. 7).

Em Juízo, Nilton César de Lima apresentou versão diversa. Afirmou que trabalhava para a empresa Anatur, sediada em Goiás e que, em fevereiro de 2005, havia transportado turistas para Alagoas, aproveitando a viagem para visitar parentes em Pernambuco. Na data da interceptação do veículo (ocorrida em 04.02.05), "tinha voltado ao Nordeste para transportar arame da empresa Morlan (em Orlândia, SP) e roçadeiras da empresa Baldan (em Matão, SP), para os municípios de Feira de Santana, BA, e Catende (PE)". Embora admita conhecer os trabalhadores transportados, aduz que os "apanhou" na viagem de retorno e negou saber que iriam "cortar cana" em Batatais (fl. 176v).

As declarações de Nilton César de Lima não encontram respaldo nos autos, à míngua de elementos que comprovem a realização dos fretes para as empresas Morlan e Baldan e que esclareçam os motivos pelos quais o réu estava na posse dos documentos de identidade dos trabalhadores.

O fato de apenas um dos trabalhadores, Adeildo Terto Lopes (cf. fl. 203), ter sido localizado e ouvido em Juízo não permite infirmar as circunstâncias em que ocorreu a interceptação do veículo, suficientes para a comprovação da autoria delitiva. No mesmo sentido, a alegação do réu de que as testemunhas referidas na sentença recorrida referem-se a processo diverso.

Dosimetria. Em observância ao art. 59 do Código Penal, o Juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. Na ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou de diminuição, a pena foi tornada definitiva. Fixado o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

A acusação interpôs apelação para a majoração da pena-base em razão da culpabilidade, circunstâncias do crime, da personalidade e maus antecedentes de Nilton César de Lima (fls. 569/571v.).

Assiste-lhe parcial razão.

Justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se o número de trabalhadores transportados e a significativa distância entre a localidade em que foram recrutados (Quipapá, Pernambuco) e a localidade na qual executariam o trabalho (Batatais, São Paulo), a indicarem a maior reprovabilidade da conduta do réu.

Os documentos juntados aos autos pelo Ministério do Trabalho, embora mencionem "Nilton" com condutor de um veículo que transportava trabalhadores para Batatais, não são suficientes para afirmar tratar-se do réu, à míngua de maior individualização da pessoa indicada. Ademais, não consta que tenha sido instaurado inquérito policial ou que o réu tenha sido denunciado pelos fatos que são referidos às fls. 243/281 (inquérito policial instaurado contra José Roberto da Silva).

Acrescente-se ser vedada a utilização de inquéritos e processos em curso para agravar a pena-base (STJ, Súmula nº 444).

Assim, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva.

À míngua de recurso das partes, e em razão da pena definitiva fixada, mantendo o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação do réu e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal, para majorar a pena-base e condenar o réu à pena definitiva de 1 (um) ano e 2 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009730-53.2007.4.03.6181
(2007.61.81.009730-4)

Apelantes: SHEILA ROGERIO, MARCELO NABHAN COSTA E REGINALDO MISAEL DOS SANTOS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 686000
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2017

EMENTA

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTA. GERENTE DE AGÊNCIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EXERCÍCIO CONCRETO DE PODERES EFETIVOS DE GESTÃO. AGENTE ENQUADRADO NO ART. 25 DA LEI 7.492/86. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOLO. EXISTÊNCIA. DEMAIS CORRÉUS. PARTICIPAÇÃO. CÓDIGO PENAL. ARTIGO 29. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DOSIMETRIA ALTERADA.
1. Recursos de apelação interpostos por três corréus contra sentença em que foram eles condenados pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.
2. Para que condutas fraudulentas tomadas dentro de instituição financeira possam ser consideradas "gestão fraudulenta", deve ser o praticante alguém com poderes de gestor, de administrador, de diretor. Tais cargos, embora com diversas configurações, trazem como ponto comum o poder de decisão sobre séries de atos de administração e atividade da instituição, seja em âmbito territorialmente restrito, mas com competência materialmente ampla (caso dos gerentes-gerais de agência de banco de varejo), seja em âmbito territorialmente amplo, mas materialmente restrito (caso dos diretores de área da instituição financeira), seja ainda, com competências materialmente amplas e territorialmente abrangentes (caso do diretor-presidente de uma instituição).
3. Esse poder significa alguma capacidade de implementação de políticas de gestão e atos balizadores da conduta institucional da empresa (seja sob o prisma material, seja sob o prisma territorial), e não apenas a prática de atos esparsos sem necessidade de autorização de chefias imediatas (ou sujeitos apenas a ratificação posterior por estas), salvo nos casos excepcionais em que um mero ato solitário tomado fora de uma cadeia de comando possa ser de grande impacto em parcela da instituição. O exercício de tal capacidade pela ré que exercia a gerência-geral da agência da CEF referida nos autos foi devidamente comprovado nos autos.
4. No caso concreto, comprovou-se um amplo e sistemático conjunto de irregularidades, a constituírem, em seu todo, verdadeira política de gestão à margem dos procedimentos mínimos de segurança e regularidade exigidos pelas normas pertinentes, com o uso, inclusive de fraudes, tudo visando a maximizar artificialmente a produtividade e atividade da agência bancária cuja gerente-geral era uma das corrés. Comprovada *in concreto* a ocorrência de gestão fraudulenta. Os demais apelantes atuaram como partícipes, praticando atos de auxílio material na execução da conduta típica.

5. Materialidade objetiva e subjetiva, bem como autoria, comprovadas. Condenações mantidas.
6. Dosimetria. Alterações.
6.1 A previsão do art. 29, § 1º, do Código Penal, constitui causa de diminuição de pena, e não atenuante, motivo pelo qual pode ela ser aplicada ainda que isso implique fixação da pena aquém do patamar mínimo previsto no preceito secundário do tipo. Causa de diminuição aplicada com relação a um dos partícipes, de ofício, com redução da pena em um sexto.
6.2 Penas de multa alteradas, para que sua fixação seja feita com observância dos mesmos critérios utilizados no estabelecimento das penas privativas de liberdade.
6.3 Reduzidas as prestações pecuniárias fixadas como penas restritivas de direitos (em substituição às penas privativas de liberdade).
7. Determinado o início da execução da pena imposta aos réus, após exauridos os recursos cabíveis no âmbito desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos de apelação e, no mérito: a) Dar parcial provimento aos interpostos por Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos, apenas para reduzir a prestação pecuniária a eles imposta como pena substitutiva, e, no caso do último, também a pena de multa; b) Negar provimento ao interposto por Sheila Rogério; c) De ofício: reduzir a prestação pecuniária imposta como pena substitutiva a Sheila Rogério; aplicar a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, na dosimetria da pena cominada a Marcelo Nabhan Costa; reduzir as penas de multa cominadas a Marcelo Nabhan Costa e Sheila Rogério; fixar a União como beneficiária das prestações pecuniárias cominadas nestes autos; d) Deferir o pedido ministerial para determinar a expedição de carta de sentença, bem como a comunicação do juízo de origem, após esgotados os recursos nesta Corte, para início da execução das penas impostas no presente feito, tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de recursos de apelação, interpostos por Sheila Rogério, Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos contra sentença de fls. 938/951, por meio da qual foram eles condenados pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, nos autos de ação penal pública incondicionada em face deles ajuizada pelo Ministério Público Federal.

Narrou-se na exordial acusatória (fls. 540/556) que, entre os meses de julho de 2005 e julho de 2006, "a denunciada SHEILA, na qualidade de gerente geral da Agência Shopping Interlar Aricanduva da Caixa Econômica Federal (CEF), pré-ajustada e com unidade de desígnios com os denunciados MARCELO, EDILSON EDUARDO, conhecido simplesmente como

EDUARDO, NIVALDO e REGINALDO, geriu fraudulentamente instituição financeira." (Fl. 541.)

Teria a acusada Sheila Rogério conduzido diversos procedimentos de concessão de créditos a novos clientes da instituição. Os denunciados Edilson Eduardo Ramos, Nivaldo Vicente Timpani e Reginaldo Misael dos Santos que agiriam sob suas ordens, teriam a função de captar clientes, "cobrando, para tanto, uma comissão de cerca de 10% (dez por cento) do valor do crédito concedido. EDILSON EDUARDO, NIVALDO E REGINALDO apresentavam-se para as empresas, por vezes, como 'consultores' ou 'correspondentes bancários' da CEF, embora não tivessem nenhum vínculo formal com a instituição financeira" (fl. 542). O acusado Marcelo Nabhan Costa, empregado da CEF, auxiliaria na operação do mecanismo delitivo.

Os denunciados que não ostentavam vínculo com a CEF teriam chegado a comparecer a reuniões com a gerente geral da referida agência bancária. Teriam os intermediários informais (chamados de "pasteiros") chegado, inclusive, a falsificar documentos relativos a clientes. Especificaram-se casos em que esse procedimento ocorreu; citaram-se provas de autoria e materialidade delitivas. Teriam os denunciado se associado de maneira estável com o fim específico de cometer o delito.

Ao fim, requereu o Ministério Público Federal o recebimento da denúncia, o processamento do feito e a condenação dos acusados Sheila Rogério, Marcelo Nabhan Costa, Edilson Eduardo Ramos, Nivaldo Vicente Timpani e Reginaldo Misael dos Santos pela prática dos delitos tipificados no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, e no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 29 deste último diploma.

Denúncia rejeitada com relação a Nivaldo Vicente Timpani, e recebida com relação aos demais, em 20 de maio de 2014 (fl. 561).

Suspensos o processo e o prazo prescricional com relação ao réu Edilson Eduardo Ramos, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, tendo sido desmembrada a acusação a ele referente (fls. 714/717v).

Após seguimento do processo, sobreveio sentença condenatória (fls. 938/951). Entendeu o Juízo de primeiro grau terem sido comprovadas autoria e materialidade delitivas quanto às condutas amoldadas ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, mas não no que se refere à imputação de prática do delito tipificado no art. 288 do Código Penal. No dispositivo, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, para: a) Absolver os réus da imputação de prática do crime descrito no art. 288 do Código Penal; b) Condenar os réus, pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, à pena (para cada corréu) de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 100 (cem) dias-multa, tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Substituiu as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, consistentes (para cada condenado) em: (i) prestação de serviços à comunidade, nos termos legais; (ii) prestação pecuniária, no valor de 30 (trinta) salários mínimos, em favor de entidade assistencial a ser definida pelo Juízo de Execuções Penais competente. Réus condenados a pagar as custas processuais.

Sentença publicada em 19 de abril de 2016 (fl. 952).

Interposto recurso de apelação por Marcelo Nabhan Costa (fls. 965/966), de cujas razões (fls. 967/975) constam, em síntese, os seguintes argumentos em lastro aos pleitos recursais:

- Não haveria provas suficientes de autoria delitiva pertinentes ao réu, visto que se teria apurado que não competia a ele a análise de veracidade dos documentos, e não se teria confirmado que ele confeccionou documentos falsos ou inseriu dados falsos nos sistemas da CEF;

- Subsidiariamente, se mantida a condenação, deveria ser reduzida a prestação pecuniária cominada como pena substitutiva, com a qual o apelante não teria condições de arcar.

Ao fim, requer o provimento do recurso, para: a) Reformar a sentença, absolvendo o réu; b) Subsidiariamente, reduzir a pena de prestação pecuniária imposta no édito.

Interposto recurso de apelação por Reginaldo Misael dos Santos (fl. 976), de cujas razões (fls. 977/994) constam, em síntese, os seguintes argumentos em favor dos pedidos ali lançados:

- O recorrente teria apenas intermediado a concessão de empréstimos e atuado como consultor financeiro de clientes de bancos, sem participação em ilícitos. Seus clientes não estariam entre os inadimplentes junto à instituição financeira federal;

- O apelante jamais teria se apresentado como funcionário da CEF, "mas sim, como consultor financeiro de negócios", e não teria havido "qualquer interferência de sua parte para a aprovação de créditos" (fl. 979);

- O crime de gestão fraudulenta seria crime de mão própria, de modo que não poderia o réu (que não é gestor de instituição financeira) praticá-lo;

- A sentença deveria ser anulada, pois não consta de seu dispositivo a "inserção do artigo 29, do CP" (fl. 980);

- A prova testemunhal produzida no processo corroboraria suas teses;

- Subsidiariamente, em caso de manutenção da condenação, argumenta que seriam excessivas tanto a pena de multa quanto a prestação pecuniária fixada na sentença.

Ao cabo, requer o provimento do recurso, para: a) Reformar a sentença, absolvendo-o; b) Em caso de manutenção da condenação, diminuir as penas de multa e de prestação pecuniária.

Interposto recurso de apelação por Sheila Rogério (fl. 995). Nas razões recursais (fls. 996/1.037), alega-se, em apertado resumo, o quanto segue:

- Seria excepcional a possibilidade de condenação de gerente de agência bancária pela prática do crime de gestão fraudulenta; no caso concreto, não se caracterizaria o delito de gestão fraudulenta;

- A apelante não ostentaria poderes de gestão da instituição, e, portanto, não poderia ser sujeito ativo do crime de gestão fraudulenta;

- Não se teria caracterizado o dolo, mas apenas negligência ou imprudência por parte da apelante, de modo que não haveria o elemento subjetivo do crime;

- Teria havido mero descumprimento de normas internas da CEF, e não gestão fraudulenta;

- Não teria havido a devida individualização das condutas da ré, nem tampouco se teria acervo probatório apto a ensejar condenação;

- Não seria possível haver concurso formal ou material entre os crimes de gestão fraudulenta e de quadrilha ou bando (o primeiro absorveria o segundo).

Ao fim, requer-se o provimento do recurso, para: a) Reformar a sentença, absolvendo a recorrente; b) Subsidiariamente, desclassificar a conduta para a figura de gestão temerária de instituição financeira, "em seu patamar mínimo" (fl. 1.037).

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 1.050/1.057), pugnando pelo desprovimento dos recursos.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 1.069/1.075v), em que se opina pelo não conhecimento do recurso interposto por Sheila Rogério, por intempestividade (ou, supe-

rado isso, pelo seu conhecimento parcial e, nessa medida, por seu desprovimento); no mérito, pelo desprovimento dos recursos interpostos por Sheila Rogério e Marcelo Nabhan Costa, e pelo parcial provimento do recurso interposto por Reginaldo Misael dos Santos, para reduzir a pena de multa cominada (fazendo-se o mesmo, de ofício, no caso dos demais apelantes). Requereu-se a imediata execução provisória da pena.

É o relatório.

Processo sujeito a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Em seu parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não conhecimento do recurso interposto por Sheila Rogério, por intempestividade. No entanto, o recurso não se afigura intempestivo.

Conforme previsto no art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, a intimação da sentença condenatória pode ser feita ao réu, pessoalmente, ou ao seu defensor constituído, o que se dá por publicação oficial. No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes do C. STJ:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. RÉU SOLTO. INTIMAÇÃO EXCLUSIVA DO ADVOGADO. ART. 392 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES. INTIMAÇÃO DO PATRONO SUBSTABELECIDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído a respeito da sentença condenatória para a garantia do contraditório e da ampla defesa. 2. Hipótese em que o anterior defensor do paciente substabeleceu, com reservas de poderes, ao ora impetrante. E este foi intimado da sentença condenatória. Não pode a Defesa pretender que o anterior advogado, que inclusive havia falecido, como informa a inicial, fosse intimado da sentença. 3. Conforme pacífica e reiterada jurisprudência desta Corte, na hipótese de substabelecimento com reservas de poderes, quaisquer dos advogados - substabelecente ou substabelecido - podem ser intimados dos atos processuais, desde que não haja pedido expresso de intimação exclusiva de algum deles. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 201301777684, REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:29/10/2014.)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INTIMAÇÃO, VIA IMPRENSA OFICIAL, DO DEFENSOR. SUFICIÊNCIA. ARTIGO 392, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Consoante o entendimento desta Corte e literalidade da lei - art. 392, II, do Código de Processo Penal - no caso de réu solto, é suficiente a intimação de seu defensor constituído, via imprensa oficial, da sentença condenatória. II - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. III - Agravo Regimental improvido. (AGRRHC 201302963265, REL. MIN. REGINA HELENA COSTA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 29/08/2014.)

No caso dos autos, a intimação se deu tanto aos defensores, mediante publicação no Diário Eletrônico de Justiça, quanto aos réus pessoalmente (certidões de fl. 958). A disponibilização do édito no DJe se deu em 21 de junho de 2016, considerando-se como data da publicação o dia 22 de junho de 2016. Assim, o quinquídio legal (CPP, art. 593) para interposição se encerraria, considerado apenas esse fato, em 27 de junho de 2016, sendo que o recurso foi interposto em 1º de julho de 2016 (fl. 995). Ocorre que também se procedeu à intimação pessoal da ré Sheila Rogério, o que se efetivou em 06 de agosto de 2016 (fls. 1.065/1.066). Tendo em vista a existência de dupla intimação, o prazo para interposição deve ser considerado encerrado apenas após decorrido o quinquídio legal a partir da data da última intimação.

Sintetizo: em tese, e em casos como o presente, seria possível a intimação exclusiva do defensor (CPP, art. 392, II). Porém, havendo a dupla intimação - que, ressalte-se, prestigia em grau máximo os princípios da ampla defesa e do contraditório -, não se pode considerar apenas o primeiro ato de intimação, nem tampouco fracionar os prazos de maneira a se considerar que apenas seria válida a interposição no prazo de cinco dias contados de cada intimação. Ocorrendo dupla intimação, e a interposição de recurso no lapso temporal entre as intimações, deve o recurso ser conhecido, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e em respeito aos próprios atos de intimação, tendo em vista que interpretação outra terminaria por negar eficácia a ato processual válido e devidamente executado.

No mesmo sentido, transcrevo ementa de precedente do STJ:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL DO RÉU E DO DEFENSOR. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DE AMBOS. CONTAGEM DO PRAZO DA ÚLTIMA INTIMAÇÃO. RECURSO PREMATURO. ADMISSIBILIDADE. SURGIMENTO DO ATO JURÍDICO COM A PUBLICAÇÃO EM CARTÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie. 2. No que tange às decisões de primeiro grau de jurisdição, o art. 577, caput, do CPP consagra a legitimidade recursal autônoma do defensor e do acusado, motivo pelo qual ambos devem ser individualmente intimados da prolação de sentença condenatória ou absolutória imprópria, iniciando-se a contagem do prazo recursal para a defesa no dia útil seguinte à derradeira intimação (CPP, art. 798, § 1º e 5º, "a"). Nesse diapasão, mostra-se incompatível com a ampla defesa as restrições ao exercício da demanda recursal pelo réu, nas hipóteses em que se exige apenas a intimação do defensor (CPP, art. 392, II). 3. Malgrado o prazo recursal defensivo somente se inicie no dia útil seguinte à última intimação, independente da ordem de execução, a decisão judicial existe validamente como ato processual com a publicação em cartório, momento em que passa integrar a ato jurídico complexo, que é o procedimento, e a gerar repercussão na relação jurídica processual, criando uma situação jurídica aos sujeitos processuais. Portanto, se a parte tomou ciência do ato processual e de seu conteúdo, nada impede o aviamento recursal, até porque se hauriu o interesse recursal e, além disso, o lapso temporal de interposição apenas tem como função estabelecer o marco preclusivo, consectário da natureza sucessiva dos atos processuais. 4. Nesse sentido aponta o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 218, § 4º, segundo o qual será considerado tempestivo o ato processual praticado antes do termo inicial do prazo, regra essa plenamente aplicável ao processo penal, diante do vácuo normativo (CPP, art. 798 c/c art. 3º). Não se desconhece a incidência da regra tempus regit actum à seara processual, motivo pelo qual inaplicável a norma processualista civil ao caso, contudo, plenamente possível utilizá-la como parâmetro interpretativo, para priorizar o direito à ampla defesa do acusado: se o recurso

não seria inadmitido no âmbito civil, a fortiori, teratológica seria a adoção de maiores rigores formais ao âmbito penal, ultima ratio dentre os ramos do direito, pois tutela a liberdade de locomoção do indivíduo. 5. A intempestividade do recurso prematuro implicaria, além de grave prejuízo à ampla defesa, aplicação indevida de sanção ao advogado cauto, que se antecipou à formalidade processual de intimação, para defender os interesses do representado e, de forma mediata, contribuir para a razoável duração do processo. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o conhecimento do recurso de apelação inadmitido pelo Tribunal *a quo*. (HC 201400323045, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:28/06/2016 ..DTPB:.)

É o recurso, pois, tempestivo. Ademais, o apelo deve ser conhecido na íntegra. Isso porque, muito embora haja parcela da argumentação recursal referente à imputação de prática de quadrilha (com relação à qual houve absolvição, sem recurso ministerial), trata-se apenas de argumentos laterais, que não lastrearam qualquer pedido recursal. Dessa maneira, no que tange aos fundamentos essenciais e, em especial, aos pleitos recursais, há interesse recursal, porquanto se referem eles à condenação (pela prática do delito previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86) e à reprimenda concreta. Registro, desde já, que esse argumento não será especificamente analisado, por não ter pertinência em relação aos pedidos recursais, bem como em relação à própria decisão recorrida.

Com tais considerações, e preenchendo os demais recursos os requisitos de admissibilidade, conheço das apelações contidas nestes autos, e passo ao seu exame.

I - Da preliminar

Não prospera a alegação, lançada de forma breve no arrazoado recursal de Reginaldo Misael dos Santos, de que haveria nulidade na sentença. A alegação baseia-se especificamente no fato de que não houve menção ao artigo 29 do Código Penal no dispositivo do édito. Tal comando legal prevê a autoria em sentido amplo (coautoria e participação em delitos), e o parâmetro de que as punições por práticas delitivas se deem "na medida" da culpabilidade de cada um dos envolvidos. É certo que a própria fundamentação, em que se explica qual o grau de concorrência (na visão do prolator) de cada um dos corréus na execução do crime, bem como o dispositivo em que se menciona qual o delito praticado, são suficientes para a caracterização da autoria e da própria tipificação dada aos fatos comprovados nos autos (com base em que se comina a sanção penal concreta). A indicação eventual de que os autores estão punidos "na forma do artigo 29" do Código Penal atenderia a mera finalidade explicativa, mas não é de forma alguma necessária para que seja válida uma decisão em que se condenam vários réus. Se foram condenados, extrai-se necessariamente que foi por terem sido considerados autores do crime (na forma da fundamentação da sentença), e sua punição se dá na forma como foi fundamentada a dosimetria, isto é, considerada a medida de sua culpabilidade, e obedecidos os parâmetros abstratos fixados no preceito secundário do tipo penal cuja ocorrência enseja a própria cominação concreta da sanção. Não há, em suma, nulidade alguma, e nem mesmo impropriedade técnica, em não se ter menção expressa ao artigo 29 do Código Penal no dispositivo da sentença recorrida. Já no que tange à não aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal, tal fato foi fundamentado na sentença (fl. 949v), não se tendo nulidade, mas questão relativa ao mérito (é dizer, avaliação pertinente ao conteúdo da decisão e sua correção); portanto, o eventual exame da questão não tem pertinência com a análise acerca de nulidades processuais. Registro, ainda, que a sentença foi devidamente fundamentada, e o processo correu em obediência ao ordenamento jurídico, inexistindo nulidades no caso em tela.

Posto isso, rejeito a preliminar, e examino as alegações pertinentes ao mérito do julgado.

II - Da materialidade e da autoria delitivas

Foram os apelantes condenados em primeiro grau pela prática do crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

De início, consigno que um gerente-geral de agência bancária - cargo ocupado pela ré Sheila Rogério ao tempo dos fatos descritos na denúncia (e a partir do qual se deu a capitulação das condutas imputadas a ela e aos demais recorrentes) - pode, em tese, cometer o crime de gestão fraudulenta, desde que disponha de efetivos poderes de gestão e a partir deles pratique os atos que caracterizam em concreto a figura típica contida no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86. Nesse sentido, trago precedente do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 25 DA LEI N. 7.492/1986. NUMERUS 1200183. GESTÃO TEMERÁRIA. GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA. AGENTE ATIVO. ADEQUAÇÃO LEGAL. 1. Gerente de agência bancária é passível de imputação de gestão fraudulenta de instituição financeira, nos termos da Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. 2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200700086802, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:19/09/2011 ..DTPB:.)

Quanto à conduta típica prevista em abstrato no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, pode-se conceituar o ato (ou série de atos) de gestão fraudulenta como o(s) ato(s) de gestão que se caracteriza(m) por expedientes de fraude ou engodo, em desacordo com as normas que regem a boa governança e a regularidade das instituições financeiras, de modo a burlar um ou mais enunciados normativos que compõem o plexo regulatório atinente a instituições financeiras, enganando e iludindo as autoridades regulatórias e/ou os próprios mecanismos de controle interno de uma instituição. Trata-se, a gestão fraudulenta, em suma, de manobra ilícita, conduzida por pessoas com efetivos poderes de gestão (administração/direção) sobre uma instituição financeira ou parte dela, de modo a fraudar ou adulterar a correta gestão da pessoa jurídica ou de uma sua parcela.

Pelas considerações expendidas até o ponto, vê-se que o exame de mérito da presente ação penal depende de se darem contornos ao que significa a ideia de "efetivos poderes de gestão/direção/administração"; em seguida, se os elementos do caso concreto permitem amoldar o contexto em exame a tais contornos, e se foi a acusada Sheila Rogério (com possível auxílio dos demais apelantes) a pessoa a praticar tais atos.

O conceito de efetivos poderes de gestão pode estar atrelado, a meu sentir, a dois círculos de hipóteses:

a) O agente exerce poder global dentro de uma área de atuação ou departamento de instituição financeira, ou ainda (é claro), de toda a instituição. Trata-se de figuras como as dos diretores (ou vice-presidentes, a depender do organograma da sociedade empresária) de áreas da instituição, pessoas com amplo poder de deliberação e decisão sobre todo aquele setor na instituição tomada em seu todo (vice-presidente jurídico, de relações institucionais, de varejo, *et cetera*), e também (por óbvio), o presidente de uma instituição financeira. A depender do organograma, isso pode incluir diretores em nível regional. Pode haver, ainda, pessoas sem comando sobre grande contingente, mas que, por si sós, possuem poder tal que as permite praticar solitariamente atos de envergadura de gestão, ou de grande impacto no dia-a-dia de

setor da instituição;

b) O agente exerce poder/autoridade global sobre uma célula relativamente autônoma de instituição financeira. É o caso claro dos gerentes-gerais de agência ou superintendentes/gestores de grupos de agências (ainda uma vez, a depender do organograma da instituição), nos casos em que tais cargos gozam de real autonomia decisória dentro da estrutura organizacional de uma instituição financeira. Tais pessoas não exercem um poder sobre um setor da instituição financeira globalmente considerada, mas sim um poder global sobre uma parcela (ainda que pequena, como uma agência de grande banco de varejo) relativamente autônoma da instituição financeira.

Esses dois grandes gêneros de gestores, como busquei salientar ao longo da própria explicação acima, admitem diferenças de nomenclatura e de atribuições específicas, mas há um fio condutor que os une: o poder de decisão sobre séries de atos de administração e atividade da instituição, seja em âmbito territorialmente restrito, mas com competência materialmente ampla (caso dos gerentes-gerais de agência), seja em âmbito territorialmente amplo, mas materialmente restrito (caso dos diretores de área da instituição financeira), seja ainda, com competências materialmente amplas e territorialmente abrangentes (caso do diretor-presidente da instituição).

Esse poder significa alguma capacidade de implementação de políticas de gestão e atos balizadores da conduta institucional da empresa (reitero, seja sob o prisma material, seja sob o prisma territorial), e não apenas a prática de atos esparsos sem necessidade de autorização de chefias imediatas (ou sujeitos apenas a ratificação posterior por estas), salvo nos casos excepcionais em que um mero ato solitário tomado fora de uma cadeia de comando possa ser de grande impacto em parcela da instituição (como, hipoteticamente, em alguns atos de alguém com atribuições de controladoria e que não tivesse um departamento a si vinculado, mas que exercesse ampla fiscalização interna na instituição).

Entendo que isso deva ser bem esclarecido (ainda que os breves aclaramentos *supra* de forma alguma esgotem ou tornem unívocas as definições e circunstâncias atinentes ao tipo de gestão fraudulenta). Isso porque, se a tão-só prática de atos específicos por funcionário dotado de alguma autonomia de apreciação de casos puder, em tese, caracterizar o delito de gestão fraudulenta, ter-se-á de pronto um alargamento implausível dos conceitos de "diretores" e "gerentes", vocábulos expressamente utilizados pelo texto normativo da Lei 7.492/86 para limitar com algum grau de clareza a responsabilidade penal das condutas previstas naquela lei a figuras de comando, pessoas aptas a tomar decisões que caracterizem os tipos. Isso se aplica em especial nos casos dos tipos em que se impõe como caractere da própria figura delitiva a "gestão", é dizer, ato ou série de atos praticados por detentor de autonomia e comando. Este alguém deve ser apto (formal ou substancialmente) a praticar um ato que envolva "gestão", que envolva administração de interesses da corporação de forma minimamente relevante dentro do contexto de cada instituição financeira.

Isso pode se caracterizar de formas muito diversas a depender do tamanho e da espécie de instituição financeira envolvida em um caso concreto. Pode-se ter, em uma simples casa de câmbio, que o chefe dos operadores de balcão seja, efetivamente, alguém com real poder de gestão e direção de um setor essencial da atividade ali desenvolvida, embora o título dado a seu cargo pelo estabelecimento não carregue em si tal incumbência. Por outro lado, em um banco de varejo de grande porte, a simples nomenclatura de "gerente" pode não significar a atribuição de poderes de gestor, de pessoa apta a emitir comandos minimamente gerais ou a praticar por si atos de administração de maior escala.

Em síntese: sem os poderes de gestor, de administrador com poder e autonomia suficientes, não se caracteriza nem mesmo a ação de "gerir" (fraudulentamente ou não) a instituição ou parcela desta, o que inviabiliza, mesmo em tese, a tipificação da conduta de um agente sem tal poder e autonomia como amoldada ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86. Nesse sentido, trago precedente relevante do E. STJ:

> PENAL E PROCESSUAL. CRIME. GESTÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. GERENTE. VÍCIOS EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 4º, CAPUT, DA LEI 7.492/86. FATOS QUE NÃO COMPROVARAM QUALQUER ATO DE GESTÃO. EXAME DE PROVA. O descumprimento de normas internas da agência bancária, relativas à empréstimos e financiamentos, não legitima a acusação de gerente pelo delito de gestão fraudulenta se os atos não chegaram a compreender o núcleo contido no verbo "gerir", pelo qual se tem real comprometimento da administração da instituição. No mais, afastado, pela instância de origem, qualquer ingerência de monta na gestão da instituição financeira, resta a questão acomodada no exame fático-probatório, defeso nesta via especial. Recurso não conhecido. (RESP 200602276259, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:29/11/2010 RIOBDPPP VOL.:00066 PG:00110 ..DTPB:.)

Por fim, não é de se excluir a hipótese de que, em um determinado contexto concreto, um gerente-geral de agência (ou um superintendente regional) que de acordo com a estrutura organizacional de um banco não possui poderes efetivos de gestão os exerça materialmente, devido a falhas de fiscalização ou a excesso de autonomia concedido em concreto por superiores ou pela própria estrutura.

Tendo por premissas estas breves considerações de caráter geral, examino os elementos que constam dos autos. A apelante Sheila Rogério exercia, entre os meses de julho de 2005 e julho de 2006 (marcos temporais da imputação, conforme explicitado na denúncia), o cargo de gerente-geral da agência *Shopping Interlar Aricanduva* da Caixa Econômica Federal (em São Paulo/SP), onde teriam se dado os fatos.

Fato relevante a ser destacado desde o início é que foi comprovado que a agência da CEF gerida pela ré Sheila Rogério tinha como um dos meios de captação de clientes os denominados "pasteiros". Trata-se de vocábulo que, na prática das instituições financeiras, corresponde a intermediários informais, que agiam na busca de clientes que tivessem interesse na obtenção de créditos bancários, e os auxiliavam na formalização de pedidos e na obtenção dos documentos exigidos pelo banco para que se concedessem empréstimos. Por essa atividade, costumavam os "pasteiros" cobrar paga mensurada em percentual do empréstimo obtido. Evidentemente, o pagamento ficava a cargo do cliente, haja vista que esses intermediários não possuíam aval da ou vínculo com a CEF.

Dada a própria natureza informal e não regulada da atividade de "pasteiro", aqueles que exerciam esse trabalho poderiam agir de diversas maneiras. A testemunha de acusação Vera Lúcia Rodrigues Ferro (gerente aposentada da CEF, mas em atividade à época dos fatos, e que participou do início das apurações administrativas a eles pertinentes - depoimento na mídia digital de fl. 773), por exemplo, os comparou a despachantes, o que não vai de encontro à breve descrição que tracei acima.

Porém, os pasteiros tinham má reputação entre os funcionários da CEF, inclusive porque em alguns casos pressionavam pela liberação dos créditos de seus clientes (não se sabendo se ofereciam algum tipo de vantagem indevida a funcionários responsáveis pela aprovação dos

empréstimos). Nesse sentido, *v.g.*, são as informações do auditor aposentado da CEF Francisco Assis de Medeiros (depoimento judicial contido na mídia de fl. 817; depoimento extrajudicial nas fls. 143/148), que conduziu as apurações dos fatos no âmbito administrativo, e foi um dos signatários do relatório conclusivo do procedimento administrativo instaurado pela CEF com relação às supostas irregularidades cometidas na gestão da agência *Shopping Interlar Aricanduva*. São unânimes as testemunhas que trabalhavam na CEF à época quanto ao fato de os "pasteiros" não serem bem vistos na instituição, e que se recomendava informalmente que não se trabalhasse junto a eles na captação de clientes (nesse sentido os relatos de Vera Lúcia Rodrigues Ferro; Márcia Stow - contido na mídia digital de fl. 817-; Francisco de Assis Medeiros). Registro que o suposto "pasteiro" denunciado nestes autos como responsável por irregularidades, inclusive documentais, é o apelante Reginaldo Misael dos Santos.

Ainda que se tratasse de atividade não regulamentada e de "categoria" que não gozava de boa-fama na instituição, o trabalho junto a "pasteiros", por si, não caracteriza fraude, e nem mesmo era vedado no âmbito administrativo, como informaram as testemunhas que trabalhavam na CEF. Trata-se, por assim dizer, de método mais arriscado de captação de clientes (sendo o risco, inclusive, o de o "pasteiro" agir de maneira leviana ou mesmo fraudulenta em seu trabalho).

Imputa-se aos réus, mais do que a mera ação de "pasteiros" na agência *Shopping Interlar Aricanduva*, o conluio entre funcionários da CEF e "pasteiros" (especificamente no que tange aos apelantes, entre Sheila Rogério e Marcelo Nabhan Costa, de um lado, e Reginaldo Misael dos Santos, de outro), com o uso de práticas fraudulentas e ardis, para conceder créditos a pessoas jurídicas que não teriam condições (lastro) para recebê-los, o que teria gerado prejuízo apurado pela CEF de cerca de 5,99 milhões de reais em valores de maio de 2007 (denúncia - fl. 542).

Antes de prosseguir na análise do caso dos autos, transcrevo, por oportuno, parcela da sentença em que se descrevem os depoimentos das testemunhas judiciais e o conteúdo dos interrogatórios dos apelantes (fls. 940/942v):

> A testemunha de acusação VERA LUCIA foi ouvida em mídia de fl. 773, oportunidade em que afirmou ter a ré SHEILA concedido diversos empréstimos que restaram inadimplidos, totalizando um valor não pago de cerca de quatro milhões de reais. Asseverou, outrossim, que os faturamentos indicados não espelhavam a realidade da empresa contratante, bem como que os relatórios de visita eram mal feitos. Questionada, informou que, de acordo com as normas internas da CEF, incumbia à SHEILA, como gerente geral, avaliar as concessões de empréstimos, podendo determinar sua realização até uma determinada alçada. Acrescentou também que, durante as apurações, percebeu uma transferência de mil reais de um contratante (ou pasteiro), que ficou inadimplente, para a conta corrente de SHEILA, que logo depois de informada, teria feito o estorno da quantia. Esclareceu, por fim, que os empréstimos foram concedidos mediante a ajuda de pasteiros, o que não era formalmente aceito pela CEF. Ouvido por meio de carta precatória perante o Juízo da Comarca de Atibaia/SP (fls. 798/806), EDUARDO KLEIN, sócio da empresa ALFANOVE, afirmou que a abertura de conta bancária e obtenção de financiamento perante a CEF foram intermediadas pelo réu REGINALDO, mediante pagamento de percentual a título de comissão (nove mil reais). Prosseguiu afirmando que SHEILA e REGINALDO visitaram a empresa antes da concessão do crédito, sendo que a ré não se manifestou quanto à possibilidade do cliente obter diretamente o crédito perante a CEF. Ressalta, por outro lado, que teria sido compelido a aceitar um empréstimo em valor superior ao pretendido, em razão de terem afirmado ser inviável um financiamento por valor inferior a cem mil reais. Documento digital contendo o depoimento das testemunhas TÂNIA PARECIDA ALVES

THOMAZ, JOHN EMERSON MURILHO GUIMARÃES, MARCIA STOW CHAVES e FRANCISCO ASSIS DE MEDEIROS, encontra-se à fl. 817. Em depoimento, TÂNIA, sócia da empresa ESCOLA CENA, afirmou ter contratado empréstimo na Caixa Econômica Federal após indicação de pai de um aluno que a apresentou ao réu REGINALDO. Expôs que na primeira visita à escola apenas REGINALDO compareceu, aparentando ser funcionário da instituição financeira, e somente depois trouxe consigo a corré SHEILA. A testemunha afirmou, igualmente, que a empresa precisava de cem mil reais, mas que não possuía condições de pagar as parcelas iniciais, sendo sugerido por REGINALDO deixar as três primeiras parcelas em atraso e a realização de um novo financiamento pelo PROGER, com melhores condições de pagamento. Nesse sentido, depois de concretizado o negócio, a empresa da testemunha teria realizado uma transferência no valor de R$ 9.600,00 para amortização da dívida e realização de novo contrato. Depois de questionada, a testemunha confirmou que foi solicitada uma declaração de faturamento até 200% superfaturada, mas que esta não chegou a ser confeccionada pela empresa. Por fim, aduziu ter pagado seiscentos reais a funcionário da CEF (possivelmente MARCELO) para resolver pendências com o FGTS, visando possibilitar o financiamento, mas que não lhe entregaram comprovante ou recibo; bem como negou ter realizado contratos com uma empresa de factoring ou conhecer JOSÉ LUIS TISO. Por sua vez, JOHN EMERSON, gerente geral de agência da CEF e contemporâneo de MARCELO na AGÊNCIA INTERLAR, esclareceu que o procedimento de obtenção de um financiamento passa pela análise de um Comitê de Crédito, que pode autorizar ou negar o empréstimo. Em relação ao corréu MARCELO, afirmou que este era assistente pessoa jurídica e tinha por função o assessoramento da gerência pessoa jurídica e da gerência geral da agência, sendo que, algumas vezes, realizava visitas às empresas acompanhando as superiores. Em síntese, sua atribuição era analisar a constância dos documentos para o empréstimo, por meio da conferência de um checklist, não possuindo, contudo, autonomia pra conceder o crédito, incumbência que era adstrita somente ao gerente ou Comitê da Agência. Quanto aos pasteiros, afirmou que estes indicavam clientes, sendo que, ao que consta, eram remunerados por isso. Afirmou acreditar que não na época existia uma proibição pontual ou em normativas internas da atuação de pasteiros, como ocorre agora. Por fim, aduz ter ocorrido uma inadimplência estrondosa e rápida na AGÊNCIA INTERLAR, sendo maior na parte em decorrência dos empréstimos realizados às pessoas jurídicas. A testemunha MARCIA STOW informou, em depoimento, que SHEILA era responsável pela prospecção de clientes novos, área cuja inadimplência era muito discrepante da verificada entre os clientes antigos. Afirmou ainda que o pasteiro, atualmente, tornou-se a figura do correspondente bancário e não era formalmente proibido pela CEF. Em relação às apurações internas, indicou que diversas empresas não foram localizadas e por vezes os documentos juntados aos processos de financiamento não correspondiam à realidade. Salientou que a maioria dos processos passaram pelo Comitê; que os pasteiros não influenciavam a análise de crédito, mas os documentos que traziam fundamentava essa análise; bem como que o assistente pessoa jurídica auxiliava o gerente, especialmente com a inserção de dados no SIRIC, mas não decidia quanto à concessão de financiamentos. Aduziu, por fim, que incumbia ao gerente concessor a verificação da veracidade da documentação apresentada e não ao Comitê de Crédito. FRANCISCO DE MEDEIROS, auditor da CEF que atuou no Processo de Apuração de Responsabilidade APUR nº SP.4154.2006.A.000265, entre os anos de 2006-2007, na AGÊNCIA INTERLAR, afirmou que foram feitas concessões a empresas em situação difícil e destacou o caso da ESCOLA CENA, em que REGINALDO recomendou a inflação do faturamento da empresa, alegando ser necessário para a obtenção do financiamento. Outras irregularidades também foram constatadas, como a utilização de contador que não era registrado no órgão de classe; a suspensão temporária do sistema para permitir a aprovação do empréstimo; e a utilização de pasteiros, que auxiliavam e aconselhavam os tomadores a obterem os documentos para o empréstimo, por valores que variavam entre 2 e 10 %. Assim, com as irregularidades apontadas, o Comitê de Crédito tomava posição sobre documentos que não eram consistentes. Concluiu afirmando

que os valores em atraso atingiram seis milhões de reais, que a alteração da configuração de culpa para dolo deveu-se às indicações do departamento jurídico e que não há indícios de vantagem recebida por MARCELO. Foram ouvidas, igualmente, as testemunhas arroladas pelas defesas, GERTY REJANE DE BARROS e JOSÉ LUIZ TISO, conforme documento digital de fl. 828. JOSÉ LUIZ TISO, ex-gerente de empresa de factoring, afirmou ter indicado empresas para consultoria com o réu REGINALDO, lembrando-se, especialmente, das pessoas jurídicas ALFANOVE, FLAFY e ESCOLA CENA. Em relação à última empresa, a tratativa se dava diretamente com ANGELINA, uma das três sócias da instituição de ensino. Informou ainda que esteve na escola com o acusado REGINALDO, não presenciando promessa alguma por parte do réu REGINALDO às sócias da empresa, bem como que o acusado cobraria pela consultoria feita à pessoa jurídica. Finalmente, afirmou que as empresas já estavam em dificuldades financeiras e que indicou REGINALDO justamente porque as pessoas jurídicas precisavam de crédito de longo prazo. Por sua vez, GERTY BARROS, funcionária da CEF, pouco acrescentou às informações já colhidas, apenas indicando o funcionamento de seu trabalho na retaguarda da agência, analisando os dados das propostas de financiamento entregues pelos gerentes, de forma autônoma em relação à Gerência Geral da Agência. Houve preclusão em relação à oitiva da testemunha de defesa JANETE (fl. 772) e desistência em relação ao testemunho de SELMA (fl. 816). Os acusados SHEILA, MARCELO e REGINALDO foram interrogados em 28 de outubro de 2015, conforme documento digital de fl. 828. SHEILA afirmou, em seu interrogatório, que na época em que foi gerente de relacionamento empresarial na Agência 7 de Abril da CEF, participou de uma feira de contadores e, com o auxílio do gerente geral, elaborou uma lista de contadores com o fim de prospectar clientes empresariais. Ali conheceu REGINALDO, que tinha escritório de contabilidade e já trabalhava com a CEF. Asseverou que dificilmente os gerentes bancários eram recebidos pelas empresas sem indicações, justificando, assim, a atuação de intermediários. Negou, por outro lado, a taxa de inadimplência apresentada pela acusação, destacando que apenas cinco dos quarenta milhões de reais financiados restaram inadimplidos. Afirmou, ainda, que havia um sistema de risco de crédito, o qual fornecia o resultado das concessões, cabendo ao gerente apenas visitar a empresa e lançar os valores no sistema. No ponto, aduz que todas as cautelas foram tomadas, inexistindo documentos falsos. Por outro lado, questionada, respondeu que a submissão ao Comitê de Crédito não eximia a responsabilidade do gerente concessor, apenas a compartilhava, bem como que o uso de intermediários era comum e importante para o atendimento de metas da CEF. Quanto ao depósito de mil reais realizado em sua conta corrente, explica que desconhece o motivo que levou EDUARDO a fazê-la, afirmando que somente mantinha a conta para uso de sua mãe, que morava na Baixada Santista, deixando de acompanhar suas movimentações bancárias. Ressaltou que a análise do dossiê passava pelo Comitê de Crédito do ponto de venda, pela Retaguarda de ponto de venda, pela Superintendência Regional, além do controle feito por amostragem, conformando quatro setores independentes que afirmaram que os dossiês estavam conformes. Em relação à liberação de crédito contingencial, por sua vez, explicou que devido a simultaneidade da abertura de conta, os clientes costumavam solicitar a liberação de algum valor no momento. Por fim, ressaltou que não houve prejuízo à CEF, dado a existência de seguro de crédito interno, bem como de garantias do tomador. Em seu interrogatório, MARCELO afirmou, em síntese, que trabalhava na parte operacional da AGÊNCIA INTERLAR, sem poder de concessão do crédito bancário, somente lidando com documentos e transferindo os dados neles constantes para o sistema. Os documentos, segundo o réu, já chegavam prontos, ou seja, preenchidos pela empresa e, via de regra, com a chancela "confere com o original", mas que, eventualmente, fazia a cópia dos documentos e a aposição da chancela. Aduziu, outrossim, que não verificava os documentos entregues, como a declaração de faturamento, mas apenas os recebia, montava o dossiê e alimentava o sistema com as informações contidas, repassando ao gerente concessor. Ressaltou, por fim, que nunca recebeu valores de clientes, tendo apenas emitido a guia para regularização do FGTS, mas não a pagado diretamente. Por sua vez, REGINALDO asseverou, em seu

interrogatório, que diversos bancos se valem de consultores para indicação de clientes, inclusive a CEF. Explicou que os clientes da CEF procuram um intermediador porque a concessão é um procedimento pesado e técnico que exige muitos documentos, certidões, etc., sendo que outros bancos costumam ser menos exigentes que a CEF. Como consultor também mostrava as vantagens e desvantagens de cada linha de crédito ou banco para o cliente. Em relação às declarações de faturamento, afirma que eram previstas pela CEF em formulário próprio, justificando-se dada a disparidade em relação à declaração fiscal. Ressaltou que não pagou nada para SHEILA e teve pouco contato com MARCELO; que não houve inadimplência das empresas por ele indicadas; que apenas orientou a escola CENA quanto ao financiamento mais adequado e que os valores cobrados das empresas jamais seriam capazes de quebrá-las ou inviabilizar sua adimplência. Finalmente, afirmou que nunca se apresentou como funcionário da CEF ou correspondente bancário, deixando bem claro a atuação apenas como consultor.

Posto isso, examino os principais fatos descritos na denúncia, bem como os elementos de prova constantes do processo. Enumero-os em categorias, para posterior exame conjunto a respeito do preenchimento concreto da conduta típica prevista no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

Nº 1 O primeiro exemplo de conduta fraudulenta descrito na exordial diz com a concessão de empréstimo à sociedade empresária *Alfanove Comércio e Representações de Produtos Químicos Ltda.*, cujo sócio administrador era Eduardo Assad Klein, que testemunhou nos autos (depoimento extrajudicial nas fls. 373/376; depoimento judicial transcrito nas fls. 798/806, e sintetizado no excerto *supra*). Segundo descreveu, a pessoa jurídica por ele administrada necessitava de crédito; tinha ele interesse em empréstimo no montante de cinquenta mil reais. A esse tempo, conheceu Reginaldo Misael dos Santos, o qual teria sido indicado por um cliente da *Alfanove*. Segundo narrou extrajudicialmente, Reginaldo dos Santos teria se apresentado como funcionário da CEF. Teria informado ao depoente que só seria possível efetivar empréstimo em valor igual ou superior a cem mil reais, o que foi feito. Conversou com Sheila Rogério, a qual jamais informou que ele poderia tomar o empréstimo sem a intermediação (e os respectivos custos) de Reginaldo Misael dos Santos; ao contrário, teria ela ficado contrariada com questionamentos quanto à comissão a ser paga a Reginaldo dos Santos, e não teria tratado diretamente do tema ou respondido ao depoente a respeito. Além disso, foi dito por Eduardo Assad Klein que os documentos que entregou a Reginaldo dos Santos para que este os remetesse à CEF (e relativos à *Alfanove*) não eram os mesmos que depois descobriu serem os que constavam dos arquivos de posse da Caixa (é dizer, foram entregues outros documentos, não correspondentes à realidade e, portanto, ideologicamente falsificados).

Outro caso de envolvimento do corréu Reginaldo Misael dos Santos se deu na concessão de empréstimo da sociedade empresária *CENA* (*Centro Educacional Nova Aliança*). Uma das sócias, Tânia Aparecida Alves Thomas, depôs em juízo, conforme sintetizado *supra* (depoimento registrado na mídia digital de fl. 817). Trata-se de outro caso em que uma pessoa jurídica em dificuldades financeiras foi convencida a tomar empréstimo na ag. *Shopping Interlar Aricanduva* da CEF, tendo como intermediário o referido corréu. Fato relevante narrado pela testemunha é o de que teria sido pedido a ela e às suas sócias que confeccionassem declarações de "faturamento real" mais de 200% superiores ao que haviam declarado previamente. Trata-se de clara tentativa de simular que o *CENA* (uma pequena escola, como explicou a testemunha Tânia Thomas) possuía lastro para arcar com o empréstimo. As declarações de faturamento com claras discrepâncias entre si constam das fls. 142/145 do apenso 01. Na mais antiga delas, datada de 10 de março de 2006 (fl. 144), e relativa ao ano de 2005, constam faturamentos

mensais na casa dos vinte mil reais (com exceção dos últimos dois meses do ano, em que este sobe para valores superiores a trinta mil reais). Na declaração de fl. 145, os valores de faturamento para os mesmos meses sobem para valores próximos a quarenta mil reais mensais; na de fl. 142, os valores de faturamento dos meses de outubro a dezembro de 2005 se encontram na casa dos noventa mil reais. Esta última declaração contém o que seria a assinatura de uma das sócias do *CENA*, mas não se sabe se sua assinatura foi forjada ou se participou ela efetivamente da falsificação do conteúdo da declaração (em que se inserem dados incompatíveis com a realidade do *CENA*, o que logo veio a lume devido à impossibilidade de a escola arcar com os custos de quitação do empréstimo liberado).

Informou a ré Tânia Thomas, também, que lhe foi dito pelos ora apelantes Sheila e Reginaldo que o empréstimo que o *CENA* contraiu (no valor de oitenta mil reais) seria temporário, até que fosse conseguida aprovação de novo e maior empréstimo via PROGER (modalidade com melhores condições de juros e pagamento), com cujos recursos poderia, inclusive, ser pago o primeiro empréstimo. O segundo empréstimo não foi liberado, e o *CENA* tornou-se inadimplente, conseguindo quitar o débito apenas anos depois (e já com renegociação junto à CEF). Registre-se que o PROGER é modalidade de crédito vinculada a investimentos (em especial, aquisição ou locação de imóveis e maquinário, ou formação de capital de giro), de modo que o uso de seus recursos para pagamento de outro empréstimo seria ilícito. Por conseguinte, a apelante Sheila Rogério, no exercício do cargo de gerente-geral da agência bancária em questão, prestou informação absolutamente inidônea a uma cliente do banco, o que poderia inclusive gerar consequências civis e penais no caso de a operação ser levada adiante (o que, repito, não se deu). A testemunha Tânia Thomas declarou, ainda, que o *CENA* pagou nove mil e seiscentos reais a Reginaldo Misael dos Santos pela obtenção do crédito, não lhe tendo sido informado que esse pagamento não era necessário para a aprovação do empréstimo; por fim, que as sócias do *CENA* deixaram claro a Sheila Rogério e Reginaldo dos Santos que a pessoa jurídica não tinha condições de arcar com o regular pagamento do empréstimo nos moldes em que foi proposto e assinado (ou seja, o empréstimo foi selado com a garantia informal de que novo empréstimo em melhores condições seria fornecido em seguida, o que permitiria o pagamento do primeiro débito). O documento juntado na fl. 140 do apenso 02 comprova o pagamento a Reginaldo Misael dos Santos (no valor de R$ 9.600,00).

As explicações dadas pela testemunha Tânia Thomas são coerentes com o relato feito pelas administradoras do *CENA* desde o ano de 2006 (como se vê, *v.g.*, pelo documento de fl. 146 do apenso 02).

Em ambos os casos, tem-se a participação decisiva dos corréus Reginaldo Misael dos Santos e Sheila Rogério para a efetivação das operações bancárias. O padrão de ganho dos "pasteiros" ligados à então gestora da agência *Shopping Interlar Aricanduva* foi apurado também no âmbito administrativo, visto que, em diversas concessões de crédito, recursos provindos dos próprios empréstimos eram rapidamente transferidos ou sacados em favor dos "pasteiros". O fato foi exposto nas fls. 403/404 do apenso 01, bem como nas fls. 10B, 15, 18 e 20/21 do apenso 02; até mesmo o padrão de "remuneração" dos "pasteiros" (valores em torno de 10% do crédito contratado pelos clientes da CEF intermediados por ele) se repete nas operações.

Até mesmo a conta bancária de uma parente de um dos "pasteiros" com atuação na agência *Shopping Interlar Aricanduva*. Trata-se da sogra de Edilson Eduardo Ramos (originariamente denunciado nestes autos, mas que teve sua ação penal desmembrada, nos termos do art. 366 do CPP - fls. 714/717v). Conforme apurado, cinco pessoas jurídicas diferentes fizeram depósitos em dinheiro em favor da referida pessoa imediatamente depois da concessão de

créditos a elas no âmbito da mesma agência, o que mostra um claro padrão de pagamento aos "pasteiros". Tal fato demonstra a proximidade e a unidade de desígnios e atuação entre a gerente-geral Sheila Rogério e os "consultores" informais ou "pasteiros".

Nº 2 Irregularidades graves e recorrentes foram constatadas no que se refere à análise de crédito de diversas pessoas jurídicas (e de documentos pertinentes). Uma das principais se refere aos dados com que se alimentou o Sistema de Risco de Crédito da CEF (SIRIC). De acordo com as informações coletadas em sede administrativa (sintetizadas no relatório que consta das fls. 396/424 do apenso 01), o sistema foi preenchido, constantemente, com dados falsos, o que interferiu na análise relativa à concessão de crédito, seja por sistemas de controle interno, seja pelo comitê de crédito da agência (do qual participava Sheila Rogério, que, conforme relatado nos autos, gozava de alto prestígio profissional entre os funcionários do local, os quais muito confiavam em suas análises). Por isso, não cabe acolher argumentos defensivos no sentido de que os réus não eram responsáveis pela análise referente à concessão dos empréstimos de maior porte, os quais eram aprovados pelo comitê de crédito da agência. Ora, como bem explicado pela funcionária da CEF e testemunha Márcia Stow Chaves (a qual, relembro, sucedeu a ré Sheila Rogério na gerência-geral da agência *Shopping Interlar Aricanduva*), não compete a um comitê de crédito a análise quanto à correção e veracidade dos dados a ele passados, mas sim examinar a viabilidade e segurança da concessão do crédito já com base naqueles dados (é dizer, tomando como premissa o dossiê encaminhado pelos funcionários competentes). Se o comitê de crédito foi mal informado intencional e seguidamente, não há apenas uma série de decisões "ousadas" do ponto de vista operacional, mas sim um mecanismo de fraude consolidado que permitia a concessão de empréstimos que, sem tal mecanismo, não seriam aprovados/liberados.

Os dados inseridos equivocadamente eram referentes a vários fatores relevantes no contexto da liberação de empréstimos. Um deles é o faturamento anual de tomadoras de crédito. No caso da *CWA Transportadora Ltda.*, por exemplo (fls. 10/10B do apenso 02), foi informado no SIRIC da CEF seu faturamento do ano de 2004 (superior a 4,5 milhões de reais). No entanto, os créditos foram concedidos já no primeiro semestre de 2006; seria necessário informar o faturamento atinente ao ano de 2005 (inferior a 1 milhão de reais), o que alteraria substancialmente a análise quanto ao tamanho da empresa e sua capacidade de pagamentos (como mesmo um leigo pode perceber da simples leitura dos números). Além disso, constatou-se que a pessoa jurídica em questão declarou como faturamento no ano de 2005 o triplo do real, ou seja, quase 3 milhões de reais (expediente que se viu também - inclusive nos mesmos patamares de majoração irreal - no caso da escola *CENA*, descrito no item nº 1, *supra*). Os empréstimos concedidos à *CWA* superaram os trezentos mil reais; a análise de risco da pessoa jurídica foi realizada pelo réu Marcelo Nabhan Costa (a quem se acusa, exatamente, de deturpações e inserções deliberadamente falsas de dados, de maneira a denotar que as tomadoras de créditos teriam maior estabilidade e recursos do que na realidade).

Da mesma maneira, dados relativos ao endividamento de pessoas jurídicas foram alterados significativamente, o que também modifica de maneira sensível a análise de sua capacidade de tomar empréstimos (foi o caso, por exemplo, da sociedade empresária *CWA Transportadora*, bem como do sócio Davi Gazani, da pessoa jurídica *Vincoarte Acabamentos Ltda.*, "que possui dívida vencida baixada em prejuízo [...], o que constitui restrição absoluta para a avaliação da empresa" - fls. 10A e 14/15 do apenso 02). Notou-se também a ausência de necessárias (e simples) pesquisas junto a sistemas de consulta como o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR/BACEN, e o Sistema Bancário - SIBAN, cujas informações

mostravam débitos das sociedades empresárias tomadoras de crédito que não constavam dos relatórios elaborados na agência *Shopping Interlar Aricanduva*.

Ainda, dados quanto a pendências tributárias não foram efetivamente pesquisados (ou foram deliberadamente omitidos os resultados das pesquisas e certidões), tendo sido descobertas facilmente dívidas dessa natureza ostentadas por diversos tomadores de crédito da agência *Shopping Interlar Aricanduva*. Um exemplo se deu no caso da sociedade *Fenix Seat Estofamentos Automotivos Ltda.*, cujas pesquisas "contingenciais" foram assinadas, também, pelo réu Marcelo Nabhan Costa (fl. 12 do apenso 02).

Outro mecanismo fraudulento utilizado era a "suspensão", junto aos sistemas da CEF, de inadimplências das pessoas jurídicas junto ao FGTS. Isso ocorreu em diversos casos, como relatado, por exemplo, pela testemunha judicial Francisco de Assis Medeiros (auditor que participou das apurações administrativas - mídia de fl. 817). O expediente ocorreu, *e.g.*, no caso das pessoas jurídicas *CWA*, *Fenix Seat* e *Francharriere Comércio e Representação Ltda.*, em que débitos junto ao FGTS dos anos de 2000 a 2004 foram declarados "suspensos" no SIRIC sem que as referidas sociedades tivessem comprovado o pagamento correspondente (ou alguma causa extintiva ou suspensiva do débito, devidamente comprovada). Segundo apurado pela auditoria da CEF, o procedimento ocorreu com relação a dezenove pessoas jurídicas.

Diversos outros dados cadastrais de pessoas jurídicas e seus sócios foram alterados ou informados com alterações relevantes em relação à realidade, de modo a espelhar para fins formais (no SIRIC) situação que não correspondia aos fatos (como se mostra nas fls. 10/18 do apenso 02).

Nº 3 Informações relevantes foram omitidas de relatórios de visita realizados no âmbito da agência *Shopping Interlar Aricanduva*, ou incorretamente inseridas. Registro que o "relatório de visitas" é um documento, produzido por funcionários da CEF, como formalização de uma visita feita por eles a um estabelecimento que visa a tomar empréstimo junto à instituição financeira. Trata-se de meio de verificar, *in loco*, a real existência, porte e condição de novos clientes que buscam créditos na CEF (tratando-se, pois, de aferição relevante, em especial para impedir a concessão indevida de créditos, até mesmo para "empresas-fantasma"). Além de "divergências entre dados informados em Relatórios de Visitas e DIPJ e/ou SIRIC" (fl. 401 do apenso 01), tem-se omissões inclusive quanto à efetiva localização de sociedades empresárias. Exemplo dessa última ocorrência se deu no relatório de visitas relativo à *Fenix Seat*, em que não se informou que "a sede da empresa é localizada no município de Cerquilho/SP", muito além do que seria a área de atuação normal da agência *Shoppinh Interlar Aricanduva* (a cidade nem mesmo faz parte da região metropolitana de São Paulo ou respectivos arredores); trata-se, além disso, de não se ter relatado devidamente quais os endereços da empresa (informação cuja relevância em uma relação de crédito não precisa ser ressaltada).

Nº 4 A auditoria levada a cabo pela CEF constatou "indícios de serem falsos os documentos apresentados para composição dos dossiês", tendo em vista as seguintes irregularidades aferidas (fl. 400 do apenso 01):

> - há dúvidas sobre a autenticidade dos documentos, referentes a 18 empresas, como DIPJ não reconhecidos no "site" da SRF - Secretaria da Receita Federal;
> - empresa com 2 alterações na razão social e no ramo de atividade num período de 15 dias (Distr. de Prod Rumo Certo);
> - Declaração de Faturamento Fiscal assinada por contador onde este toma por base a DIPJ de empresa do ano anterior, desconsiderando a mudança havida no ramo de atividade;

- Declarações de Faturamento Fiscal assinadas por contadores cujos registros não foram reconhecidos no "site" do CRC para 3 empresas;
- Declarações de Faturamento Fiscal com valores divergentes da DIPJ para 3 empresas;
- ausência de Declarações de Faturamento Fiscal para 12 empresas;
- Declaração de Faturamento Mensal assinada por representante que já havia se retirado da sociedade;
- divergência de assinaturas entre os documentos constitutivos de empresas, FAA - Ficha de Abertura de Autógrafos e contratos de empréstimos.

Além disso, foram encontradas cópias não autenticadas de documentos em diversos dossiês, tendo o próprio corréu Marcelo Nabhan Costa declarado à comissão de apuração da CEF que carimbou "confere com o original" em cópias cujos originais não chegou a ver, apenas por confiar na atuação da gerente-geral Sheila Rogério (e a seu pedido) - fl. 148 do apenso 02 e fl. 400 do apenso 01. As irregularidades constatadas se deram em vinte e três dossiês (fl. 400 do apenso 01).

Todo o contexto narrado acima torna inviável acolher a tese de que houve, no máximo, negligência relativa a formalidades do cotidiano de uma agência bancária. Os fatos, tomados em seu conjunto, demonstram a instituição, pela ré Sheila Rogério, de verdadeira política de gestão à margem dos procedimentos mínimos de segurança e regularidade exigidos pelas normas pertinentes, política esta em que (a) clientes eram deliberadamente mal informados quanto à necessidade de utilizar intermediários para contratação de empréstimos, tudo com o intuito de perenizar o auxílio prestado pelos "pasteiros" na captação de nova clientela, e (b) se escondia deliberada e fraudulentamente a inexistência dos elementos necessários (seja documentais, seja empíricos) para o aperfeiçoamento de diversas operações de crédito, tanto no que tange à formação e formalização dos dossiês quanto no que toca à alimentação do Sistema de Risco de Crédito da Caixa Econômica Federal.

Destaco um fator da maior importância. Os elementos sintetizados ao longo deste voto poderiam, isoladamente considerados, gerar dúvida razoável a respeito da prática delitiva, ou, ao menos, em relação ao dolo dos agentes. No entanto, vistas em seu conjunto, torna-se inequívoco que foram práticas deliberadas, expedientes fraudulentos, que em seu todo formaram, reitero, uma política de atuação daquela célula financeira, tanto na captação de clientes quanto na concessão de empréstimos, política essa planejada e comandada pela gerente-geral Sheila Rogério, a qual, como se vê, possuía efetivos poderes de gestão e comando dentro da instituição financeira na qual trabalhava e os utilizou. Portanto, não apenas é a referida corré apta a ser considerada sujeito ativo do crime tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86 (e em consonância com o rol do art. 25 do mesmo estatuto legislativo), como também se caracterizou objetiva e subjetivamente a ocorrência do referido crime, pelo conjunto de elementos expostos topicamente, analisados e sintetizados.

Quanto ao pleito de desclassificação da conduta, formulado pela apelante Sheila Rogério, incabível seu acolhimento. Isso porque a tipificação de uma conduta se dá tendo em vista suas próprias características fáticas, e não uma escolha do órgão jurisdicional. No caso, o conjunto de ações tomadas na gestão e condução da agência *Shopping Interlar Aricanduva* da CEF não traz apenas ousadia excessiva ou tomada de riscos em escala incompatível com os parâmetros de gestão do setor financeiro, mas, mais do que isso, a deliberada opção - feita por Sheila Rogério nas condições de espaço e tempo descritas na denúncia - por expedientes de omissão e adulteração de dados e informações com vistas a uma artificial maximização das atividades da agência, com rápidas consequências no que tange à inadimplência de clientes e prejuízos

para a instituição (financeiros e de imagem). Portanto, o que houve foi gestão fraudulenta, não gestão temerária, dando-se o amoldamento da conduta ao texto do *caput* do art. 4º da Lei 7.492/86, e não ao do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Não prospera, igualmente, argumento no sentido de que as condutas não geraram efetivo prejuízo, tendo em vista a existência de seguro contra inadimplências. A uma, porque a configuração do crime de gestão fraudulenta independe da comprovação de efetivos prejuízos materiais (os quais, entretanto, existiram, tendo em vista a baixíssima taxa de recuperação dos créditos inadimplidos e referentes à gestão da gerente-geral Sheila Rogério). A duas, porque o mero fato de a vítima direta do crime ter meios de ser ressarcida não altera o fato de ter tido prejuízos; ao contrário, estes são o próprio pressuposto de eventual ressarcimento feito por seguradoras ou entidades que cumpram tal função (o que, de resto, não foi formalmente confirmado nestes autos).

Outrossim, o fato de um primeiro relatório administrativo ter concluído que as condutas adotadas pela ré no exercício do cargo de direção seriam de negligência grave e imprudência, enquanto que o relatório final apontou dolo na conduta, em nada altera os fatos em si. É de se dizer, de saída, que o Poder Judiciário não é vinculado às conclusões ou avaliações feitas em sede administrativas. Além disso, explicou o auditor Francisco de Assis Medeiros (mídia de fl. 817), signatário de ambos os relatórios, que havia divergência entre os auditores quanto à própria conceituação dessas categorias, de modo que essa teria sido a razão da alteração. Independentemente disso, não se nota em tal alteração, por si só, motivo para quaisquer ilações a respeito dos relatórios (amplamente fundamentados) ou seus signatários, os quais, destaque-se, não possuíam qualquer vínculo de inimizade, preconceito ou interesse pessoal com relação à ré Sheila Rogério.

Os demais corréus praticaram atos de auxílio material à prática delitiva, devendo ser punidos na forma do art. 29 do Código Penal (plenamente aplicável, por certo, no contexto do crime em questão). Foram ambos, em suma, partícipes do crime. Marcelo Nabhan Costa, também funcionário da Caixa Econômica Federal, praticou diversas condutas comissivas e omissivas relevantes para que se desse, ao fim, a concessão indevida de créditos. Não prosperam alegações no sentido de que não tinha o réu em questão atribuição de deliberar a respeito da concessão de empréstimos. Seu papel de auxílio na gestão fraudulenta da agência em que trabalhava não era esse, e sim o de deliberadamente instruir de maneira omissa ou incorreta os dossiês de diversas pessoas jurídicas, induzindo em erro os demais funcionários que depois os examinassem, ou que avaliassem via SIRIC o risco envolvido na concessão de créditos. É evidente que relevantes adulterações foram consciente e reiteradamente feitas, como demonstrei ao longo deste voto. Tendo sido Marcelo Nabhan Costa seu autor, e sabendo que diversas buscas e pesquisas necessárias não eram efetivamente realizadas (com sensíveis consequências na avaliação do lastro e das condições econômicas de pessoas jurídicas), não é crível que tenha atuado sem consciência do que estava a ocorrer, inclusive devido ao fato de não ter se tratado de expediente esporádico, mas realizado dezenas de vezes, nas mais diferentes formas (uso de cópias de documentos sem conferência dos originais, omissão na busca da situação de clientes no que tange a dívidas financeiras e tributárias, bem como junto ao FGTS; erros cadastrais de quadro societário e respectivas alterações; *et cetera*).

Marcelo Nabhan Costa argumentou também, em interrogatório judicial (mídia de fl. 828), que não era responsável pela verificação de veracidade dos documentos (apenas ocasionalmente apunha "confere com o original" em cópias), isso não explica inconsistências na alimentação do SIRIC. Quanto a isso, pesquisas claramente incompletas ocorreram reitera-

damente, sendo função do réu proceder a esse trabalho. Note-se: não se está aqui a falar de investigação quanto ao faturamento da empresa (ou seja, se os valores declarados pelo cliente em documento conferiam com seu efetivo faturamento), mas sim da alimentação do SIRIC com informações cuja obtenção incumbia ao próprio réu. Trata-se da busca em sistemas cadastrais e junto a órgãos públicos, nos termos relatados em parte do item "Nº 2", acima. A reiterada atividade de Marcelo Nabhan Costa no que toca a isso, bem como a própria confiança demonstrada por Sheila Rogério em sua atuação favorável aos seus métodos de gestão (do que dá prova o fato de ele ter sido chamado para com ela trabalhar na agência *Shopping Interlar Aricanduva*, após terem ambos trabalhado na agência *Sete de Abril* da CEF), mostram que o réu auxiliou efetiva e conscientemente no cometimento, por Sheila Rogério, do crime de gestão fraudulenta, sendo punível nesses termos e nessa medida, por força do art. 29 do Código Penal.

Reginaldo Misael dos Santos igualmente auxiliou de forma deliberada e consciente na prática delitiva, auferindo lucro com isso. Resta claro que ele e Sheila Rogério tinham relação profissional de mútua confiança, bem como que esta última sonegava informações, deliberadamente, a clientes, de modo a garantir que estes pagassem as "comissões" a Reginaldo, que assim mantinha seu interesse no arranjo e na captação de clientes para a maximização das atividades. Reitero, quanto a isso, os fatos explicados no item "Nº 1", folhas acima. Tinha ele, pois, plena ciência quanto ao mecanismo do qual participava e a partir do qual auferiu lucros ("comissões"), sendo ele pessoa relevante para o que foi a finalidade precípua da própria conduta da ré Sheila Rogério: ampliar as atividades da agência e sua clientela, inclusive com o recurso aos expedientes fraudulentos descritos.

Por fim, é de se dizer que não foi comprovado enriquecimento pessoal dos dois ex-funcionários da CEF envolvidos nos fatos descritos na denúncia (Sheila Rogério e Marcelo Nabhan Costa). Ainda assim, vê-se a finalidade de simular uma maior produtividade e atividade da unidade bancária gerida pela autora direta do crime, com participação dos demais corréus, o que ocasionou prejuízos financeiros e de imagem à Caixa Econômica Federal, bem assim maculou a higidez do sistema financeiro e a confiança nele depositada pelos utentes que tomaram contato com os fatos ou deles tiveram ciência.

Postos esses fundamentos, vê-se terem restado devidamente comprovadas autoria e materialidade delitivas (esta última em seus aspectos objetivo e subjetivo), nos termos da denúncia. Provadas autoria e materialidade, e ausentes excludentes de qualquer espécie, devem ser mantidas as condenações dos três apelantes pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86 (a apelante Sheila Rogério na condição de autora, e os demais, na de partícipes).

Passo ao reexame da dosimetria.

III - Da dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, foram as penas estabelecidas (para todos os corréus) no mínimo legal: três anos de reclusão. Mantenho a sentença neste ponto, inclusive porque qualquer alteração implicaria inaceitável *reformatio in pejus*.

Inexistem agravantes ou atenuantes pertinentes ao caso. De outro lado, entendo incidir a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, no que tange ao réu Marcelo Nabhan Costa. O e. Magistrado sentenciante reconheceu que a conduta do réu se adequa ao dispositivo em questão, mas deixou de aplicá-lo por entender, em linha com a jurisprudência dos tribunais superiores, que a pena não pode ser estabelecida aquém do piso legal em sede de exame de agravantes e atenuantes. Ocorre que, a meu ver, o art. 29, § 1º, do estatuto penal,

prevê uma causa de diminuição de pena, e não uma atenuante; por conseguinte, é possível sua aplicação concreta, mesmo se isso ensejar o estabelecimento da reprimenda em patamar inferior ao mínimo estabelecido no preceito secundário do tipo penal.

O réu Marcelo Nabhan Costa atuou comprovadamente de maneira omissiva e comissiva no preenchimento incompleto ou incorreto de informações de diversas pessoas jurídicas no Sistema de Risco de Crédito da CEF, conduta que se afigura de menor importância no contexto geral da prática delitiva apurada nestes autos. Não era ele mentor da conduta, seu principal executor e nem mesmo um auxiliador material de maior relevo, embora tenha sem dúvidas tipo participação nos fatos e contribuído com o sucesso da gestão fraudulenta levada a cabo pela então gerente-geral Sheila Rogério. Com tais considerações, e de ofício, reduzo a pena de Marcelo Nabhan Costa nesta terceira fase da dosimetria em um sexto, mantendo as dos demais corréus. Inexistindo outros fatores a serem considerados, torno as penas privativas definitivas nos seguintes patamares:

- Marcelo Nabhan Costa: 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão;

- Reginaldo Misael dos Santos: 03 (três) anos de reclusão;

- Sheila Rogério: 03 (três) anos de reclusão.

O apelante Reginaldo Misael dos Santos requer a redução da pena de multa cominada em primeiro grau. Aplicou-se a pena no patamar de cem dias-multa para cada corréu. Deveras, e como bem apontado pela Procuradoria Regional da República, a pena de multa foi estabelecida sem obediência aos mesmos parâmetros que nortearam a fixação das penas privativas de liberdade. Assim, reduzo as penas de multa, para que a fixação destas se dê com obediência aos mesmos critérios utilizados no estabelecimento das penas privativas, o que faço a pedido no caso do réu Reginaldo Misael dos Santos, e de ofício no que toca aos demais corréus. Assim, ficam as penas definitivas estabelecidas nos seguintes termos:

- *Marcelo Nabhan Costa: 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 08 (oito) dias-multa*;

- *Reginaldo Misael dos Santos: 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa*;

- *Sheila Rogério: 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.*

Ante a inexistência de recurso do Ministério Público Federal, mantenho o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Presentes os requisitos legais autorizadores (Código Penal, art. 44), e inexistindo apelo acusatório, de rigor a manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Foram estas fixadas no édito recorrido nos seguintes termos (penas a serem cumpridas por cada corréu): (i) prestação de serviços à comunidade, nos termos legais; (ii) prestação pecuniária, no valor de 30 (trinta) salários mínimos, em favor de entidade assistencial a ser definida pelo Juízo de Execuções Penais competente. Os réus Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos pugnam pela redução da prestação pecuniária imposta.

Entendo caber redução nas penas de prestação pecuniária. Assim, levando em conta os aspectos preventivo e repressivo de fixação das penas, bem como sua proporcionalidade, reduzo as penas de prestação, estabelecendo-as nos seguintes patamares:

- *Marcelo Nabhan Costa: quinze salários mínimos*;

- *Reginaldo Misael dos Santos e Sheila Rogério: vinte salários mínimos.*

No que tange a Sheila Rogério, a minoração deve ser feita de ofício, inclusive por razões isonômicas. *A pena de prestação de serviços à comunidade deve ser mantida, nos termos da*

sentença. Também de ofício, e em linha com o entendimento desta C. Décima Primeira Turma, *fixo a União como beneficiária das prestações pecuniárias cominadas nestes autos*.

Mantenho o regime inicial aberto para eventual cumprimento das penas privativas de liberdade impostas (Código Penal, art. 33, § 2º, *c*).

IV - Execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte, expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação e, no mérito: a) Dou parcial provimento aos interpostos por Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos, apenas para reduzir a prestação pecuniária a eles imposta como pena substitutiva, e, no caso do último, também a pena de multa; b) Nego provimento ao interposto por Sheila Rogério; c) De ofício: reduzo a prestação pecuniária imposta como pena substitutiva a Sheila Rogério; aplico a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, na dosimetria da pena cominada a Marcelo Nabhan Costa; reduzo as penas de multa cominadas a Marcelo Nabhan Costa e Sheila Rogério; fixo a União como beneficiária das prestações pecuniárias cominadas nestes autos. Defiro o pedido ministerial para determinar a expedição de carta de sentença, bem como a comunicação do juízo de origem, para início da execução da pena imposta no presente feito, após esgotados os recursos no âmbito deste TRF-3 ou o prazo para sua interposição.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL 0006980-05.2008.4.03.6000 (2008.60.00.006980-0)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelada: ROSEMERY FLÁVIO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 64459
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/02/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. DESNECESSIDADE DE INDICIAMENTO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. PREDA DO CARGO

1 - Trata-se de Agente de Polícia Federal que imputou crimes a outros policiais federais que sabidamente eram inocentes.

2 - O fundamento adotado na r.sentença no sentido de que a ausência de indiciamento dos policiais federais vitimados impediria a configuração do tipo penal não deve prosperar. O artigo 339 do CP é claro em descrever que comete tal crime se o agente der causa à instauração de investigação policial. No caso, o relatório circunstanciado e as declarações da então APF foram suficientes para a instauração do Inquérito, que ao final foi arquivado.

3 - Resta claro que a calúnia era claramente dirigida a alguns membros da Polícia Federal daquela Superintendência, que, inclusive, foram interrogados a respeito dos fatos e efetivamente investigados. A ausência de indiciamento foi decorrente da própria investigação policial, que, ao final, concluiu pela falsidade das denúncias relatadas, não havendo como defender a tese adotada na sentença de que a investigação policial não era contra os referidos policiais.

4 - A falsidade das declarações contidas no Relatório Circunstanciado confeccionado pela ré restou absolutamente comprovada, estando cabalmente comprovada a materialidade do delito de denunciação caluniosa.

5 - Analisada todas as provas, a autoria é induvidosa. A ré não fez mínima prova de que relatou a verdade no Relatório Circunstanciado confeccionado, ou de que o denunciante mentiu, tendo o conjunto probatório, satisfatoriamente e sem a menor dúvida, comprovado à saciedade sua autoria e dolo em imputar crimes a pessoas que sabidamente eram inocentes.

6 - A pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista que a ré cometeu o crime valendo-se da qualidade de Agente de Polícia Federal, atendendo denúncias em plantão, profissional e função de extrema relevância para a sociedade e dos quais se espera proteção ou solução para os problemas.

7 - A ré, ao contrário, além de envolver seus colegas de trabalho em crime gravíssimo de que eram inocentes, causou enorme transtorno para o denunciante, que se viu envolvido em processo criminal e, por muito pouco, talvez, não tenha sido lesionado ou assassinado pelo policial caluniado, que num momento de revolta pensou em "cometer uma besteira".

8 - O motivo do crime também conta em desfavor da ré, eis que cometido por motivo fútil (vingança), já que se sentia perseguida pelos colegas, já tendo sido alvo de vários procedimentos administrativos disciplinares, tendo, inclusive, admitido a determinado Agente Policial que assim teria agido para atingir o Superintendente.
9 - A conduta social da ré também conta em seu desfavor, diante de seu péssimo comportamento na Polícia Federal relatado por determinado Delegado de Polícia Federal, seu chefe direto por vários anos.
10 - Sopesando todas as circunstâncias judiciais, a pena base deve ser majorada na metade, restando fixada em 03 anos de reclusão e 15 dias-multa, que assim fica estabelecida definitivamente, diante da ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição da pena.
11 - O valor do dia-multa deve ser estabelecido no mínimo legal, uma vez que a ré foi demitida do serviço público federal (Portaria nº 1755 de 22/12/2011) e não se tem notícias de sua atual condição econômica.
12 - Diante da pena cominada, o regime inicial deve ser o aberto.
13 - Pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade ou entidade social e prestação pecuniária.
14 - A sanção de perda do cargo público encontra total amparo no artigo 92, I, a, do CP.
14 - Apelação ministerial provida. Decretada a perda do cargo com fulcro no artigo 92, I, "a", do CP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para condenar ROSEMERY FLÁVIO pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput*, do Código Penal, à pena de 03 anos de reclusão em regime inicial aberto e 15 dias-multa no valor unitário mínimo, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito, e decretar a perda do cargo, com fulcro no artigo 92, I, "a", do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face da r. sentença de fls. 470/477, que absolveu a ré ROSEMERY FLÁVIO pela prática do crime previsto no artigo 339, do CP, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP (ausência de comprovação da materialidade delitiva).

Narra a denúncia (recebida em 02/09/2009 - fls. 120) que, no dia 07/05/2006, a então, Agente da Polícia Federal ROSEMERY FLAVIO, durante o serviço de plantão da SR/DPF/MS, aproveitou-se de uma *notitia criminis* de tráfico de entorpecentes formulada por Luiz Douglas

Senna Mota, para, propositalmente, com o objetivo de vingança por fatos pretéritos, inserir os nomes dos policiais federais Delci Carlos Teixeira, Mário Robson Felice Ribas, Jeoval Alves Teixeira e Rubens Grandini, sem que esses tivessem sido citados pelo noticiante, sendo instaurado, no dia 08/05/2006, o inquérito policial de nº 230/2006.

Em seu recurso de apelação, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer a condenação da ré nos termos da denúncia, estando comprovada a materialidade, autoria e o dolo. Aduz que a ré deu causa à instauração de Inquérito Policial contra policiais e delegados federais, imputando-lhes crime de que sabia serem inocentes. Ressalta que por esses fatos a ré foi demitida do serviço público federal por Portaria nº 1755 de 22/12/2011. Alega que, embora a Portaria que instaurou o Inquérito Policial para averiguação dos fatos noticiados pela ré não contenha o nome dos policiais vitimados, isso não quer dizer que a denunciação caluniosa não tivesse como vítimas pessoas certas, sendo claro o intuito da ré em instaurar investigação criminal contra os policiais inocentes (fls. 479 e 482/486).

Contrarrazões apresentadas (fls. 489/503).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do apelo (fls. 505/508).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL busca a condenação da apelada ROSEMERY FLÁVIO pela prática do delito do artigo 339 do CP, o qual preceitua o que segue:

> Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000)
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Segundo a denúncia, a ré, na qualidade de Agente da Polícia Federal, no dia 07/05/2006, quando estava de plantão na SR/DPF/MS, recebeu uma denúncia formulada por Luiz Douglas Senna Mota acerca de um tráfico de entorpecentes que estava acontecendo na Rua Arquimedes Delia, no Bairro Ana Maria do Couto, em Campo Grande/SP, sendo tal local utilizado como ponto de venda de drogas por uma pessoa conhecida por "Bel", posteriormente identificada por Izabel Cristina Dias, tendo a ré acrescentado a esta denúncia o nome de alguns policiais federais na prática conjunta de tráfico de drogas.

Após registrar a *notitia criminais*, a ré pediu para que o denunciante retornasse a ligação em 30 minutos. Nesse ínterim, retirou-se para jantar, entregando para o policial José Bernardes dos Prazeres Junior o relatório circunstanciado por ela confeccionado, informando a ocorrência de tráfico de drogas com envolvimento dos Agentes da Polícia Federal Jeoval Alves Teixeira e Mario Robson Felice Riba e o Delegado da Polícia Federal Rubens Grandini, todos lotados naquela Superintendência Regional.

Por volta das 19h30, o denunciante Luiz Douglas Senna Mota retornou a ligação, sendo, então, atendido pelo APF José Bernardes, que o questionou acerca do envolvimento de policiais federais no crime por ele noticiado, tendo este negado que tivesse mencionado tal participação, que sequer conhecia os nomes Jeoval e Mário Robson, ratificando que os envolvidos eram apenas as pessoas conhecidas por "Bel" e "Fause", este último identificado posteriormente como José Fausto Arsênio.

Vejamos o teor do Relatório Circunstanciado confeccionado pela ré:

> No dia 07 de maio do ano de 2006, às 18;10 (hora marcada no BINA do telefone do número 194) do plantão desta Superintendência Regional um homem se apresentou por telefone como Luis Mota e o identificador de chamadas acusou o número 3363.8751, confirmado pelo denunciante que não quis, segundo ele, permanecer no anonimato.
> Ele denunciou que na Rua Arquimedes Delia esquina com Mitsudaime (não sei se a pronúncia está correta), tem uma casa amarela com janela grande de ferro branca no bairro Ana Maria do Couto.
> Que neste endereço mora um idoso que já traficou e volta a traficar para policiais federais, tais como Jeoval e Fauzi.
> E que a Polícia Federal "dá apoio a esta pessoa" que usa o nome de "BEL", que ela se garante com amigos da Polícia Federal.
> Que ela frequenta a ASSOFEDERAL, que vende drogas para os policiais que frequentam tal local, que tem caso com o DPF Teixeira, que ela sabe que ele "superfaturou" as obras da Delegacia de Dourados/MS e que também "superfaturou" as obras daqui da Superintendência e por isso que vai embora para o Rio de Janeiro.
> Que esta "BEL" frequenta a ASSOFEDERAL e é amiga do "Grandini" e que ela vende droga para a "Globo" especificamente para a "Vera Fischer".
> Que o "Grandini" é ex- da civil.
> Que essa "BEL" mora na "Ana Maria Couto" e tem um "negão" na polícia federal que dá drogas para ela.
> Que ela diz que o DOF já matou seu irmão de nome "Junica" e "tico".
> Que ela diz que chega para oi filho do "Mario Robson" da Entorpecentes que sabe da varredura: Que o filho do "Mario Robson" da Polícia Federal já sabe quando o pai vai "dar uma".
> Que o filho do "Mario Robson" põe bandeira verde quando ta livre para passar droga e vermelha quando o pai e o pessoal da polícia ta chegando.
> Que o filho do "Mario Robson" é drogado, viciado e não gosta do pai e sabe quando ele vai dar uma de polícia.
> Que o filho do "Mario Robson" tem "que pagar" por ser drogado. E o pai trabalhar na "de drogas".
> Que a "Bel" é gorda, loura oxigenada para disfarçar tem mais ou menos 50 anos e é amiga do filho do "Mario Robson".

Diante disso, a fim de apurar possível ocorrência do delito previsto no artigo 12 da Lei 12.632/1976, bem como o possível envolvimento de policiais federais com o tráfico de entorpecentes, foi instaurado, mediante portaria, o Inquérito Policial nº 230/2006, no dia 08/05/2006 (fls. 02/Apenso I).

Nesse inquérito, ouvido o denunciante Luiz Douglas Senna Motta, este confirmou a denúncia acerca do crime de tráfico de entorpecentes praticado por "BEL" e FAUSE ("negão"), tendo mencionado que BEL frequentava a associação de policiais federais porque trabalhava como cozinheira no local. Negou os demais fatos constante no Relatório Circunstanciado confeccionado pela ré (fls. 08/10/Apenso I).

Foram ouvidos também o APF José Bernardes dos Prazeres Junior, o Delegado da Polícia Federal Delci Carlos Teixeira, Izabel Cristina Dias (BEL), APF Mario Robson Felice Ribas, José Fausto Arcenio, APF Jeoval Alves Teixeira e o Delegado de Polícia Federal Rubens Grandini (fls. 11/13, 29/30, 31/33, 40/42, 51/52, 83/84, 86, 95/97/ todos do Apenso I).

No bojo desse inquérito foi também expedido mandado de busca e apreensão a ser executado na residência de Izabel Cristina Dias (BEL), sendo encontrado no local uma pequena quantidade de maconha (1,22 grama) - fls. 38/39.

Ao final desse Inquérito, a Autoridade Policial concluiu o seguinte (fls. 99/101/Apenso I):

> Diante do que se apurou, pode-se concluir que realmente houve uma denúncia feita por Luiz Douglas Senna Motta, mas que os fatos noticiados foram falsamente ampliados pela APF Rosemery Flavio, com o provável intuito de atingir outros policiais federais.
> Quanto aos fatos verdadeiramente noticiados pelo denunciante, não foi provado que seus vizinhos denunciados estivessem, naquela época, envolvidos com tráfico de entorpecentes. Apenas JOSÉ FAUSTO ARCENIO teve contra si um Termo Circunstanciado instaurado por possuir substância entorpecente para seu próprio consumo.
> Encerrados os trabalhos de Polícia Judiciária, encaminho os presente autos à Justiça.

Dessa forma, o Inquérito Policial de nº 230/2006 foi arquivado, sendo instaurado novo Inquérito para apurar a pratica do delito de denunciação caluniosa em tese praticado por ROSEMERY FLAVIO (fls. 104/110).

Eis os fatos.

Inicialmente, entendo que a materialidade do delito restou cabalmente demonstrada.

O fundamento adotado na r.sentença no sentido de que a ausência de indiciamento dos policiais federais vitimados impediria a configuração do tipo penal, a meu ver, não deve prosperar.

O artigo 339 do CP é claro em descrever que comete tal crime se o agente der causa à instauração de investigação policial.

No caso, o relatório circunstanciado e as declarações da então APF ROSEMERY foram suficientes para a instauração do Inquérito, que ao final foi arquivado.

Embora não tenha constado da Portaria que instaurou o IP 230/2006 os nomes dos policiais envolvidos, há clara menção de que as investigações visavam a apuração de envolvimento de policiais federais na prática criminosa, com base na denúncia recebida em plantão na Superintendência recebida em 07/05/2006 (fls. 02/Apenso I). A ré, por sua vez, ao confeccionar o Relatório Circunstanciado que narrou a mencionada denúncia, expressamente nominou os policiais e o Delegado que estariam cometendo os delitos.

Para mim, resta claro que não se trata de calúnia contra pessoas "incertas", ao contrário, era claramente dirigida a alguns membros da Polícia Federal daquela Superintendência, que, inclusive, foram interrogados a respeito dos fatos e efetivamente investigados.

A ausência de indiciamento foi decorrente da própria investigação policial, que, ao final, concluiu pela falsidade das denúncias relatadas, não havendo como defender a tese adotada na sentença de que a investigação policial não era contra os referidos policiais.

A falsidade das declarações contidas no Relatório Circunstanciado também é evidente.

O denunciante Luiz Douglas Senna Motta foi categórico em negar que tivesse mencionado qualquer envolvimento criminoso de policiais federais no fato narrado (fls. 22/23):

> (...) QUE na denúncia realizada o depoente citou o nome de uma mulher chamada BEL, moradora da casa onde havia movimentação suspeita; QUE o depoente quando realizou a denúncia anônima perante a Polícia Federal não citou nome de qualquer policial federal; QUE não citou os nomes do DPF GRANDINI, DPF TEIXEIRA, APF JEOVAL, APF MARIO ROBSON e o seu filho; QUE o depoente quer deixar claro que não citou o nome de qualquer policial federal na denúncia; QUE foi uma mulher que se identificou como policial federal quem atendeu o depoente quando da realização da denúncia; QUE o depoente conversou com a referida policial pro aproximadamente trinta minutos; QUE a referida policial federal determinou que o depoente ligasse mais tarde, no entanto, o depoente não se recorda por qual motivo a policial federal fez tal determinação; QUE mais tarde o depoente ligou novamente para a Polícia Federal e que foi atendido por um policial federal homem; QUE esse policial federal perguntou ao declarante acerca da denúncia de tráfico de drogas e que o depoente reafirmou a denúncia prestada anteriormente policial federal mulher no que se refere ao suposto tráfico de drogas na residência da tal BEL. (...) QUE o depoente esclarece que a APF ROSIMERY FLAVIO mentiu quando afirmou que o declarante denunciara policiais federais por participação com o trafico de drogas; QUE a denúncia do depoente se restringiu somente a suspeita de que haveria tráfico de drogas na residência da tal da BEL e de seu namorado cujo apelido é FAUZI; (...)

Em juízo, Luiz Douglas Motta confirmou que pediu para a policial federal atendente averiguar o crime de tráfico de drogas em tese praticado por Izabel e Fause, não citando em nenhum momento o nome de qualquer policial federal. Em sua denúncia apenas afirmou que a Izabel trabalhava como cozinheira na Associação da Policia Federal. Aduz que se sentia constrangido em prestar tantos depoimentos e atemorizado, pois soube que um dos policiais no dia seguinte à sua denúncia esteve em sua residência para matá-lo (fls. 398).

O APF José Bernardes dos Prazeres Junior, Chefe do Plantão, na época dos fatos, que atendeu Luiz Motta na ausência da ré, confirmou a negativa do denunciante em mencionar qualquer tipo de prática criminosa por policiais federais nos fatos relatados à ré. Vejamos (fls. 17/18):

> (...) QUE no dia 07/05/2006 a APF ROSIMERE afirmou ao declarante que recebera no plantão desta SR denúncia de tráfico de drogas de um tal de LUIZ MOTTA e que haveria inclusive participação de policiais federais; QUE a APF ROSIMERE afirmou que o denunciante voltaria a ligar mais tarde; QUE por volta das 19h30min o tal LUIZ MOTTA ligou no telefone da SR e que o declarante o atendeu; QUE o declarante questionou o tal LUIZ MOTTA acerca do envolvimento dos policiais federais no crime de tráfico de drogas denunciado e que LUIZ MOTTA negou que tenha narrado qualquer participação de policiais federais em crime de tráfico de drogas inclusive afirmou que não conhecia policiais e nome JEOVAL e MARIO ROBSON; (...)

Em juízo, Jose Bernardes acrescentou que a informação da denúncia recebida em plantão é individualizada, isto é, quem recebe a denúncia é quem deve fazer a informação por escrito. Esclareceu que após receber a ligação de Luiz, a ré retornou ao plantão e lhe disse que por orientação do Delegado Donizetti iria fazer o relatório da denúncia recebida (fls. 398).

Dessa forma, a falsidade das declarações relatadas pela ré restou absolutamente comprovada, estando cabalmente comprovada a materialidade do delito de denunciação caluniosa.

Vejamos a autoria.

Em sede policial, ROSEMERY afirmou que o denunciante havia narrado a participação de outros policiais federais no crime de tráfico noticiado, confirmando ter sido a autora do Relatório Circunstanciado acima transcrito. Declarou que pediu para o denunciante retornar

a ligação, porque este queria uma solução urgente para o caso, não tendo levado muito a sério a denúncia de Luiz Douglas. Negou que tenha contatado o APF Mario Robson para falar sobre os fatos. Por fim, registrou que não tem raiva do DPF Teixeira ou mágoa de qualquer Policial Federal (fls. 30/32).

Em juízo novamente confirmou que recebeu a denúncia da forma como transcrita no Relatório Circunstanciado e a repassou para o APF Bernardes, esquecendo de mencionar que havia pedido para o denunciante comparecer pessoalmente para confirmar o teor de suas denúncias. Não sabe dizer porque o denunciante Luiz Motta não confirmou as denúncias feitas contra os policiais federais. Não tem nada contra os policiais apontados na denúncia, mas acredita que o APF Jeoval deva ter contra ela, pois no passado foi testemunha num inquérito instaurado para apuração de tráfico de drogas. Sente que é perseguida na Polícia Federal, pois sempre é aberto procedimentos disciplinares em seu desfavor. Por fim declarou que nunca falou sobre a denúncia recebida em plantão com ninguém (fls. 364).

O APF Mario Robson, por sua vez, declarou (fls. 13/14):

> (...) QUE no dia em que ROSIMERY FLAVIO recebeu a notícia criminis e confeccionou o relatório circunstanciado a mesma, por volta de 00h00min, ligou para o declarante e solicitou a presença deste na Superintendência da Polícia Federal, pois havia chegado uma denúncia que dizia respeito ao declarante e a seu filho; QUE imediatamente o declarante se deslocou para a superintendência e a ROSIMERY FLAVIO mostrou ao declarante o relatório circunstanciado de fls. 07 e 08; QUE após dar ciência ao declarante do relatório circunstanciado a ROSIMERY FLAVIO pediu novamente ao declarante para trabalhar na área de entorpecentes, pois estaria sendo perseguida nesta Superintendência; QUE o declarante também tem ciência de que meses antes dos fatos que são objeto do presente Inquérito Policial ROSIMERY FLAVIO teria comentado com o APF CLAUS que teria informações que "derrubariam" todo o Departamento de Repressão a Entorpecente desta Superintendência. (...)

Em juízo Mario Robson confirmou suas declarações extrajudiciais, declarou acrescentando que, quando leu a denúncia no computador da ré, ficou atordoado. Pegou o nome e endereço do denunciante e foi até sua casa, com o intuito de fazer alguma besteira, pois ficou muito nervoso por tal pessoa envolver seu nome e de seu filho falsamente. O Delegado notando seu descontrole emocional teve de trancá-lo numa sala na DRE. Momentos depois, soube que o denunciante não tinha citado seu nome e tudo foi esclarecido, mas acredita que por pouco não cometeu uma besteira em sua vida. Disse que não desconfiou que a ré tivesse feito essa falsa acusação, mesmo porque não entende o motivo de tal fato. Esclareceu, ainda, que a ré sempre lhe dizia que queria trabalhar na entorpecente, tendo feito novamente o pedido no dia em que mostrou a denúncia caluniosa em seu nome (fls. 364).

O APF Jeoval Alves Teixeira em suas declarações, afirmou (fls. 20/21):

> (...) QUE aproximadamente dois dias após a ROSEMERY FLAVIO ter confeccionado o relatório circunstanciado de fls. 04/05 do citado apenso, a mesma declarou ao declarante que não teve a intenção de prejudicá-lo e nem de prejudicar o pessoal da DRE, inclusive pediu desculpas; QUE nesta oportunidade ROSEMERY afirmou ao declarante que o objetivo da mesma era atingir o Superintendente, DPF TEIXEIRA, pois este determinara a abertura de vários procedimentos administrativos disciplinares contra ROSEMERY; QUE o declarante foi testemunha de acusação contra ROSEMERY em um procedimento disciplinar que apura desvio de documentação de inquérito policial; QUE o declarante também foi testemunha de acusação no inquérito policial em que ROSEMERY desacatou um Delegado de Polícia Civil do Mato Grosso

> do Sul e policiais militares que a aprenderam com uma arma de fogo sem registro. QUE em virtude desses fatos, ela foi presa em flagrante e foi instaurado procedimento administrativo nesta SR; QUE a Polícia Civil transferiu ROSEMERY para esta SR/DPF/MS e o DPF TEIXEIRA, na época Superintendente, determinou o recolhimento de ROSEMERY na custódia desta Superintendência; (...)

Em juízo Jeoval confirmou as declarações feitas em sede policial (fls. 398).

O Delegado da Polícia Federal Donizetti Aparecido Tambani, lotado na época na SR/DPFMS esclareceu (fls. 25/26):

> (...) QUE a APF ROSEMERY comunicou ao declarante que havia recebido uma denúncia de tráfico de drogas e que haveria a participação de policiais federais lotados nesta superintendência; QUE por uma questão de compartimentação determinou que a referida denúncia não fosse lançada no livro de plantão e que ela fizesse uma informação em apartado para que fosse feita uma investigação a posteriori pelos canais competentes; QUE o declarante não determinou a APF ROSEMERY que o relatório circunstanciado ou informação da denúncia de tráfico de drogas deveria ser assinado também pelo APF BERNARDES, mesmo porque a denúncia fora recebida somente pela mesma; QUE de igual forma orientou ao APF BERNARDES que se tal pessoa voltasse a ligar e que a denúncia contra policiais federais fosse confirmada, que a informação fosse feita em separado, tendo em vista o sigilo da informação e o suposto envolvimento de policiais federais do local; QUE posteriormente o APF BERNARDES recebeu a ligação do denunciante e a informação de que haveria envolvimento de policiais federais no crime de tráfico não foi confirmada; QUE cada Agente de Polícia Federal plantonista é responsável por reduzir a termo a denúncia por ele recebida.

Ouvidos, Izabel Cristina Dias, o APF Gilson Moura Castro e o APF Jorge Luiz Riberio Caldas da Silva nada esclareceram sobre os fatos, tendo os dois últimos negado qualquer fato desabonador da ré (fls. 178).

O Delegado de Polícia Federal Oslaim Campos Santana, Superintendente da região na época, participou da instauração do Inquérito para apuração dos fatos relatados pela ré na denúncia recebida em plantão, não tendo acompanhado o desenrolar das investigações. Ressaltou que trabalhou diretamente com ROSEMERY, podendo afirmar que ela não demonstrava qualquer distúrbio emocional, mas era péssima servidora e uma vergonha para os quadros da Polícia Federal. Sabe dizer que a ré respondia por alguns processos administrativos por más condutas adotadas tanto em sua vida privada, quanto na Polícia (fls. 191/192).

O Delegado de Polícia Federal Rubens Alexandre de França, coordenador dos plantões da Delegacia em que a ré era lotada, declarou que ficou sabendo dos fatos "por ouvir falar". Afirmou que a ré não era sua subordinada direta, mas que mantinham um relacionamento profissional tranquilo e que nunca recebeu formalmente ou informalmente qualquer reclamação contra ela, não sabendo dizer nada que a desabone (fls. 206/209).

Expostas as provas, a autoria é induvidosa.

A ré em nenhum momento negou que tivesse confeccionado o Relatório Circunstanciado, porém nega veementemente que tenha alterado os fatos relatados pelo denunciante.

A negativa não se sustenta.

O denunciante, que desde o início insistiu em se identificar, não teria motivo em alterar sua versão sobre os fatos, e, em todos os momentos em que foi ouvido, ressaltou que não mencionou o envolvimento de qualquer policial federal em atos criminosos, alegando que sequer os conhecia.

O APF Bernardes confirmou que na segunda ligação feita pelo denunciante, minutos depois da primeira, ao ser questionado, este negou as acusações supostamente feitas contra policiais.

A ré mente em dizer que nunca falou sobre a denúncia recebida com outras pessoas, eis que contatou o APF Mario Robson, no mesmo dia dos fatos, relatando o ocorrido, provavelmente na tentativa de conseguir sua retribuição pelo "favor" prestado, fato que por pouco não ocasionou outro crime pior.

Também não há justificativa para a ré ter pedido ao denunciante que retornasse a ligação, tampouco é crível que num intervalo de 01 hora o denunciante tivesse ligado insistentemente para cobrar solução para o caso, ao menos não se tem prova disso.

Tal pedido, na verdade, mais parece o intuito da ré em fazer prova de que houve de fato uma denúncia, e, talvez, posteriormente, dizer que o denunciante não quis insistir na tese do envolvimento dos policiais, situação que asseguraria alguma veracidade em seu Relatório Circunstanciado.

Ressalta-se, também, a conversa ocorrida entre a ré e o APF Jeoval, no sentido de pedir desculpas pelo ocorrido, e de que sua intenção era atingir o Superintende, o que demonstra que a ré assim agiu por vingança. Fato comprovado pela declaração do Delegado da Polícia Federal Oslaim Campos Santana, de que a ré era uma péssima servidora e uma vergonha para os quadros da Polícia Federal.

A ré, por sua vez, não fez mínima prova de que relatou a verdade no Relatório Circunstanciado confeccionado, ou de que o denunciante mentiu, tendo o conjunto probatório, satisfatoriamente e sem a menor dúvida, comprovado à saciedade sua autoria e dolo em imputar crimes a pessoas que sabidamente eram inocentes.

Assim, ROSEMERY deve ser condenada pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput,* do CP.

Passo a análise da *dosimetria da pena*.

A pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista que a ré cometeu o crime valendo-se da qualidade de Agente de Polícia Federal, atendendo denúncias em plantão, profissão e função de extremas relevâncias para a sociedade e das quais se espera proteção ou solução para os problemas.

Entretanto, a ROSEMERY, além de envolver seus colegas de trabalho em crime gravíssimo de que eram inocentes, causou enorme transtorno para o denunciante, que se viu envolvido em processo criminal e, por muito pouco, talvez, não tenha sido lesionado ou assassinado pelo policial caluniado, que num impulso de revolta pensou em "cometer uma besteira".

O motivo do crime também conta em desfavor da ré, eis que cometido por motivo fútil (vingança), já que se sentia perseguida pelos colegas, já tendo sido alvo de vários procedimentos administrativos disciplinares, tendo, inclusive, admitido ao APF Jeoval que assim teria agido para atingir o Superintendente Teixeira.

A conduta social da ré também conta em seu desfavor, diante de seu péssimo comportamento na Polícia Federal relatado pelo Delegado de Polícia Federal Oslaim, seu chefe direto por vários anos.

Enfim, sopesando todas as circunstâncias judiciais, penso que a pena base deve ser majorada na metade, restando fixada *em 03 anos de reclusão e 15 dias-multa,* que assim fica estabelecida definitivamente, diante da ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento

e diminuição da pena.

O *valor do dia-multa* deve ser estabelecido no *mínimo legal*, uma vez que a ré foi demitida do serviço público federal (Portaria nº 1755 de 22/12/2011) e não se tem notícias de sua atual condição econômica.

Diante da pena cominada, fixo o regime inicial *aberto*.

Presentes os requisitos, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas substitutivas de direito, quais sejam, a) *prestação de serviços à comunidade ou entidade social*, a ser especificada pelo Juízo das Execuções e atender aos critérios estabelecidos no art. 149, §1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída; e b) *prestação pecuniária* destinada à entidade de cunho social a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, no valor equivalente a *05 salários mínimos*, considerando que se trata do envolvimento de 04 policiais caluniados e um denunciante.

Por fim, destaco que a sanção de perda do cargo público encontra total amparo no artigo 92, I, a, do CP, o qual preceitua o seguinte:

> Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)
> a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

De fato, *in casu*, à ré foi imposta um pena de 03 anos de reclusão por ter ela violado seus deveres de probidade e moralidade para com a Administração Pública.

Daí porque, a pena de perda de cargo é de rigor, na forma do artigo 92, I, a, do CP.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para condenar ROSEMERY FLÁVIO pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput*, do Código Penal, à pena de 03 anos de reclusão em regime inicial aberto e 15 dias-multa no valor unitário mínimo, senda a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito e decreto a perda do cargo, com fulcro no artigo 92, I, "a", do CP.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0002703-50.2012.4.03.6114
(2012.61.14.002703-0)

Apelante: RAQUEL BROSSA PRODÓSSIMO LOPES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 64795
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.
1. A *denúncia anônima* de fato criminoso é admitida com reservas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não é possível requerer a produção de provas com base exclusivamente em escrito apócrifo. Neste contexto, é completamente infundada a alegação de que a requisição ministerial, à semelhança de uma denúncia apócrifa, não permitiria verificar a fonte ou a veracidade das informações neles contidas.
2. O uso de documentos falsos para comprovação da incapacidade total e temporária dos acusados para o exercício laboral é meio eficaz e próprio à consumação do delito de estelionato previdenciário e, por tal razão, não há falar em crime impossível, ainda que a eventual incapacidade laboral tenha sido reconhecida por outros elementos dos autos.
3. O farto conjunto probatório amealhado ao longo da instrução criminal torna indubitável a autoria delitiva.
4. Não se mostra justificável a fixação da pena-base imposta à acusada acima do mínimo legal. Não há contra ela condenações transitadas em julgado, os motivos, as consequências e circunstâncias do delito não se mostraram desproporcionais à espécie. Tampouco a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e sua personalidade permitem a elevação da pena-base acima do mínimo legal.
5. Em razão da inexistência de elementos indicativos da situação sócio/econômico da ré, o valor unitário do dia-multa deve ser mantido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.
6. Recurso da defesa parcialmente provido.

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 recurso da defesa para aplicar a pena-base no mínimo legal e reduzir o valor da pena de multa, do que resultam as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do relatório e

voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela defesa de *Raquel Brossa Prodóssimo Lopes* contra a sentença que a condenou a 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, valor unitário de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto pelo art. 171, §3º, do Código Penal (por quatro vezes) (fls. 758/762).

A sentença transitou em julgado para a acusação (fls. 776 e 795).

Em razões recursais, a defesa de *Raquel Brossa* aduz (fls. 821/842):

a) preliminarmente, serem ilícitas as provas que deram origem à investigação criminal;

b) tratar-se de crime impossível, na medida em que os atestados médicos imputados como falsos não produziriam qualquer efeito, em razão de os segurados se submeterem a prévia pericia médica por profissional autorizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social;

c) que as provas produzidas nos autos não se mostram satisfatórias para o decreto condenatório;

d) aplicar-se na primeira fase da dosimetria das penas o enunciado constante da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, pretende a redução das penas que lhe foram impostas;

e) ser necessária a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta;

f) ser cabível a redução da pena de multa, já que a condição sócio/econômica da acusada não se apresenta favorável.

Foram oferecidas contrarrazões pela acusação (fls. 851/885).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 882/891v.).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Raquel Brossa Prodóssimo Lopes, Jonas Prodóssimo e Marcos Levi Brossa Prodóssimo foram denunciados pelo art. 171, § 3º, do Código Penal, porque, em conluio e com identidade de desígnios, obtiveram para si vantagens indevidas em prejuízo do Instituto Nacional do Seguro Social que foi mantido em erro, em razão de instruírem requerimentos previdenciários com laudos médicos falsos (fls. 241/244).

Relata a acusação que Raquel Brossa intermediou requerimentos previdenciários em nome de seu irmão (Marcos Levi), de seu primo (Jonas Prodóssimo) e para si; instruiu-os com atestados médicos falsos e assegurou a todos a indevida percepção de quatro benefícios de auxílio-doença, durante o período de 13.05.05 a 08.01.08, o que resultou prejuízos individuais de aproximadamente R$20.000,00 (vinte mil reais).

A denúncia foi recebida em 19.04.12 (fl. 247).

A sentença condenatória tornou-se pública em 18.06.15 (fl. 770) e Jonas Prodóssimo e Marcos Levi Brossa Prodóssimo tiveram extintas suas punibilidades, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 791/791v.).

Nulidade processual, em razão de notícia-crime apócrifa.

Em razões recursais, a defesa da acusada pugna pela nulidade das provas obtidas por meio de investigações policiais iniciadas em razão de notícia-crime apócrifa.

Sem razão.

De fato, a *denúncia anônima* de fato criminoso é admitida com reservas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não é possível requerer a produção de provas com base exclusivamente em escrito apócrifo.

No entanto, no particular, referidas investigações tiveram início em razão do Relatório de Investigações emitido pela Força-Tarefa Previdenciária do Instituto Nacional do Seguro Social em São Paulo/SP que, em sede administrativa, apurou procedimentos fraudulentos para obtenção de benefícios previdenciários indevidos, dentre os quais, destacam-se cerca de quarenta e três atribuídos à apelante.

Trata-se, pois, de informação oficial emitida por órgão administrativo, cujos atos são dotados de credibilidade e consistência. Nenhuma semelhança há, pois, com uma denúncia apócrifa.

Rejeito, pois, esta preliminar.

Crime impossível.

Para a obtenção de benefício previdenciário é imprescindível tanto o preenchimento dos respectivos pressupostos como sua comprovação por meio de documentação idônea.

Com efeito, o uso de documentos falsos para comprovação da incapacidade total e temporária dos acusados para o exercício laboral é meio eficaz e próprio à consumação do delito de estelionato previdenciário e, por tal razão, não há falar em crime impossível, pois o fato de eventual perícia previdenciária concluir pela plena capacidade laboral do segurado não desvirtua o fato de o requerimento previdenciário vir instruído com elementos fictícios para possibilitar a indevida concessão de referido benefício.

Materialidade delitiva.

A materialidade delitiva encontra-se satisfatoriamente comprovada por meio dos requerimentos administrativos em nome de Marcos Levi Brossa Prodóssimo e Jonas Prodóssimo (apenso I), que, instruídos com atestados médicos falsificados (fls. 27/30 e 35), possibilitaram aos segurados o indevido recebimento de R$77.873,37 (setenta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e trinta e sete centavos) (fls. 12, 67/69 e 81/89).

Autoria delitiva.

A autoria delitiva está satisfatoriamente comprovada.

Embora a acusada tenha negado a autoria delitiva à Autoridade Policial (fls. 163/168) e

ao Juízo (fl. 674 e mídia audiovisual à fl. 676), os demais elementos dos autos indicam a prática delitiva por ela perpetrada.

Conforme se verifica de fls. 67/76, 105/106, 110/112, 115/117, foi *Raquel Brossa* quem instruiu os requerimentos de auxílio-doença com atestados médicos falsos, com o objetivo de obter indevidamente benefícios previdenciários.

Ao Juízo, Jonas Prodóssimo declarou que contratou os serviços de *Raquel Brossa*, para intermediar a concessão do auxílio-doença por ele pleiteado, e lhe pagaria 30% dos valores percebidos mensalmente a título de honorários (fl. 675 e mídia audiovisual à fl. 676).

A fraude, em todos os benefícios concedidos aos acusados, foi verificada por meio de procedimento administrativo, que apontou a falsificação dos atestados médicos apresentados pela acusada (fls. 31/33, 44/47, 58, 81/84, dos apensos).

Referidos atestados, conforme esclarecido pelas testemunhas ouvidas em Juízo (fls. 624/625, 693/694 e mídias audiovisuais às fls. 626 e 695), foram determinantes para a concessão dos benefícios pretendidos pelos acusados, na medida em que as conclusões a que chegam os peritos médicos credenciados pelo Instituto Nacional do Seguro Social são em muitas vezes influenciadas pelos atestados apresentados pelos segurados, principalmente nos casos em que ocorra incapacidade relacionada a enfermidades mentais.

Diante desse contexto, conclui-se que a prova acusatória é subsistente e hábil a comprovar a materialidade, a autoria e o dolo de *Raquel Brossa Prodóssimo Lopes*, razão pela qual mantenho sua condenação como incursa nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal.

Dosimetria das penas.

O Juízo *a quo* fixou as penas de *Raquel Brossa*, expondo a seguinte fundamentação:

> *Acusada Raquel Brossa Prodóssimo Lopes*
> A culpabilidade da ré não é normal ao tipo penal, uma vez que se dedicava a fraudar o Instituto Nacional do Seguro Social como meio de vida.
> As consequências do crime são normais à espécie e não (pode) tal circunstância judicial ser considerada negativamente em função do prejuízo causado, pela totalidade, o qual soma R$ 77.873,37 (setenta e sete mil e oitocentos e setenta e três reais e trinta e sete centavos), porquanto considerado concurso material. Desse modo, para cada fato, o fato não é significativo a ponto de majorar a pena-base.
> Considero neutras as circunstâncias judiciais, esclarecendo que não há na conduta tanta sofisticação quanto alegado pelo *Parquet* Federal. Assim, o modo de execução revelou-se ordinário.
> Não se analisa o comportamento da vítima, por se tratar de crime vago.
> A ré possui bons antecedentes.
> Em face dos elementos acima mencionados, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, para cada fato, ou seja, para cada crime de estelionato.
> Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, de modo que mantenho, na segunda fase da dosimetria, a pena supramencionada.
> Presente a causa de aumento de pena do art. 173, 3º, CP, majoro a reprimenda em 1/3, a totalizar 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, para cada fato, a totalizar 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado como inicial de cumprimento.
> Quanto à pena de multa, fixo-a em 30 (trinta) dias-multa, para cada fato, somando, assim, 120 (cento e vinte) dias-multa, atendendo também ao sistema trifásico, cada um no valor 1/2 (meio) salário mínimo à época dos fatos, devidamente atualizado, considerando que a ré, embora alegue ter poucas posses, é proprietária de casa de veraneio de alto padrão, na cidade praiana de Itanhaem/SP, o que revela elevado padrão de vida.

> O regime inicial do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33 do Código Penal, será o FECHADO.
> Não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (fls. 760v./761)

A defesa, em razões recursais, requer a redução da pena-base, em razão da incidência da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Com razão.

Conforme se depreende da sentença, a despeito de o Juízo da causa reconhecer os bons antecedentes da ré, em razão das demais circunstâncias previstas pelo art. 59 do Código Penal (principalmente pelo prejuízo causado aos cofres públicos), elevou a pena-base em 2/3 (dois terços), para fixa-la em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Tenho por injustificável a fixação da pena-base nos termos em que definidos pelo Juízo sentenciante, na medida em que não há contra a ré condenações transitadas em julgado e os motivos, circunstâncias do delito e prejuízo causado individualmente não se mostraram desproporcionais à espécie.

Reduzo, assim, nesta *primeira fase de dosimetria das penas,* as penas da acusada para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa

Sem atenuantes ou agravantes, na *segunda fase de dosimetria*, mantenho suas penas em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase de dosimetria, aplico a causa de aumento de pena prevista pelo art. 171, § 3º, do Código Penal, para fixa-la em definitivo em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Em razão do concurso material (prática de quatro estelionatos) indicado pela sentença e não impugnado pela defesa, fixo em definitivo as penas da acusada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 52 (cinquenta e dois) dias-multa.

Fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de reclusão que lhe foi imposta, haja vista o disposto no art. 33, §2º, *b,* do Código Penal.

Nos termos em que pleiteados pela defesa, fixo o valor unitário do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, haja vista a inexistência de apontamentos a respeito da situação financeira de *Raquel Brossa*.

Não satisfeitos os requisitos previstos pelo art. 44 do Código Penal, mantenho o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

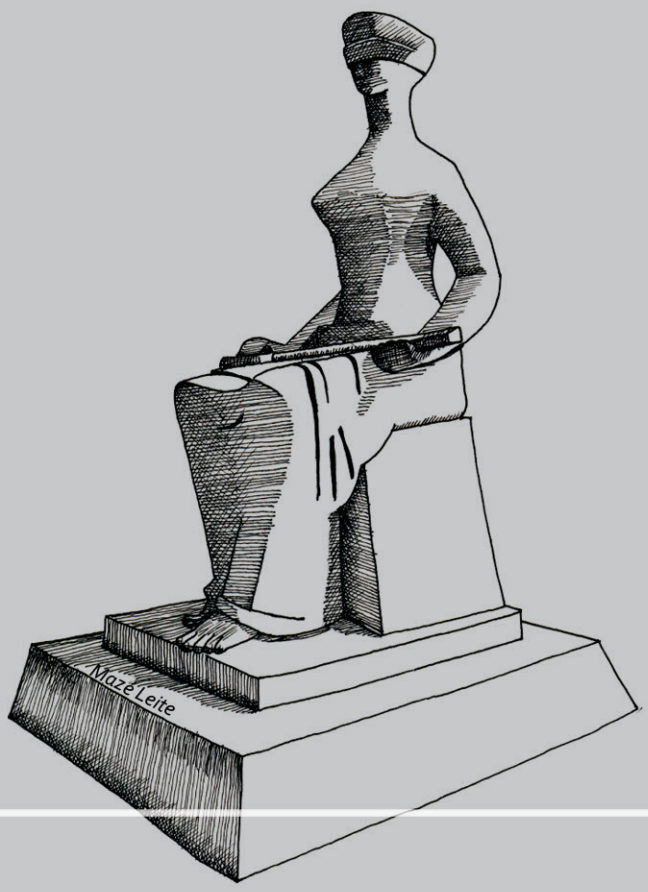
Sentença mantida em seus ulteriores termos.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para aplicar a pena-base no mínimo legal e reduzir o valor da pena de multa, do que resultam as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantida, no mais, a sentença.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0000161-49.2009.4.03.9999
(2009.03.99.000161-2)

Apelantes: VITÓRIA RÉGIA LEONARDO FERREIRA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS E GASPARINA SILVA GONÇALVES
Remetente: JUIZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ITUVERAVA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: ApelReex 1386710
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2017

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. UNIÃO ESTÁVEL. QUALIDADE DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. UNIÃO ESTÁVEL/COMPANHEIRA. EX-CÔNJUGE. RATEIO - SENTENÇA *ULTRA PETITA*. VERBA HONORÁRIA. CONSECTÁRIOS LEGAIS. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inicialmente, o novo Código de Processo Civil elevou o valor de alçada para a remessa "ex officio", de 60 (sessenta) salários mínimos, para *1.000 (mil) salários-mínimos*. Considerando que a remessa oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma supracitada, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC. Dessa forma, tendo em vista que o valor de alçada no presente feito não supera 1.000 (um mil) salários mínimos, não conheço da remessa oficial.

2. A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo *termo inicial*, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme *a data do requerimento*, da seguinte forma: (i) *do óbito*, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) *do requerimento*, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) *da decisão judicial*, no caso de morte presumida.

3. O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de *dependentes do segurado*: *Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (...)*

4. Inicialmente, verifico que a sentença é *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à corré Gasparina Silva Gonçalves. Ao contestar a pretensão da autora

Vitória Régia, limitou-se a afastar a existência de união estável entre esta e o falecido, pela inexistência de dependência econômica.
5. Dessarte, conheço de ofício o vício de sentença *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à Gasparina, ante a ausência de pedido nesse sentido.
6. Na hipótese, a ocorrência do evento morte, em 15/06/1996, encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 13).
7. Verifica-se presente a controvérsia acerca da qualidade de dependente em relação ao de cujus. Quanto à condição de dependente da parte autora, verifico que é presumida por se tratar de companheira do falecido Antonio Peres Gonçalves.
8. O falecido era casado com Gasparina Silva Gonçalves, porém, estavam separados de fato, vindo ele a viver maritalmente com a autora Vitória Régia.
9. Infere-se dos depoimentos pessoais e de testemunhas, às fls. 136-139 e 154-156, e documento de fl. 14, 13, que à época do óbito, o de cujus vivia em união estável com Vitória Régia durante 6 (seis) anos e estava separado de fato de Gasparina.
10. À época do falecimento, foi concedida pensão por morte à Gilmar Silva Gonçalves, filho de Antonio Peres, com DIB em 15/06/1996 (fl. 104), cujo benefício foi cessado em 15/10/99 (Consulta ao CNIS).
11. A parte autora não juntou cópia do requerimento administrativo, tendo ajuizado a ação em 03/04/2006.
12. Dessarte, o termo inicial do benefício deve ser a partir da citação (04/05/2006, fl. 44), quando a autarquia tomou conhecimento do pedido da autora, tendo apresentado contestação, e não da data da expedição de ofício ao INSS, como requer a autarquia apelante.
13. Assim, o benefício é devido na proporção de 100% à autora Vitória Régia Leonardo Vieira, desde a citação até 05/04/2015, quando a autora veio a falecer (Certidão de Óbito à fl. 214).
14. Os honorários advocatícios não merecem reforma, devendo ser mantidos conforme a sentença, por estarem de acordo com o entendimento desta E. 8ª Turma.
15. Não prospera a alegação de que os consectários da condenação devem ser excluídos, pois são inerentes ao valor justo e devido da condenação, àquele que teve seu direito preterido indevidamente. Trata-se de recomposição do valor corroído pela inflação e decorrente da mora do devedor.
16. Correção monetária e juros de mora conforme os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, atualmente aprovado pela Resolução nº CJF-RES-2013/00267, de 02 de dezembro de 2013. Por se tratar de fase anterior à expedição do precatório, há de se concluir que, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado. Nesse sentido: TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC 0002489-75.2014.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 19/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/11/2015.
17. Verba honorária: os honorários advocatícios não merecem reforma, devendo ser mantidos conforme a sentença, por estarem de acordo com o entendimento desta E. 8ª Turma.
18. Remessa oficial não conhecida. Sentença *ultra petita* conhecida de ofício. Recurso da autora provido. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial, conhecer de ofício o vício de sentença *ultra petita*, dar provimento ao recurso da parte autora e dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo INSS e por Vitória Régia Leonardo Ferreira, em face da sentença, proferida em 07/07/2008, que julgou parcialmente procedente o pedido para conceder pensão por morte na proporção de 50% à Vitória Régia Leonardo Ferreira (companheira) e 50% à Gasparina Silva Gonçalves (esposa), a partir do ajuizamento da ação. Com correção monetária e juros de mora. Fixou verba honorária em 10% sobre o valor do débito atualizado, na proporção do direito reconhecido à autora (50%) e nos termos da Súmula 111 do STJ. Custas *ex legis*. Condenou a autora nos ônus da sucumbência ao patrono de Gasparina Silva Gonçalves, suspensa a cobrança nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Sujeitou a sentença ao reexame necessário.

Em suas razões de apelação, alega o INSS, que não foram preenchidos os requisitos legais para concessão de pensão por morte, a saber, a ausência de qualidade de dependente, com a prova de união estável, à época do óbito. Caso mantido o *decisum,* requer que o termo inicial do benefício seja a partir do Ofício expedido ao Instituto para proceder ao rateio, com exclusão da correção monetária e juros de mora, pugnando a redução da verba honorária.

Por sua vez, recorre a autora ao argumento de que faz jus a 100% do benefício de pensão por morte, não sendo devido o rateio com a ex-esposa, ante a separação de fato.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

No custo da presente demanda sobreveio o falecimento da parte autora, conforme Certidão de Óbito à fl. 214, ocorrido em 05/04/2015.

Habilitação de herdeiros:

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Inicialmente, o novo Código de Processo Civil elevou o valor de alçada para a remessa "ex officio", de 60 (sessenta) salários mínimos, para 1.000 (mil) salários-mínimos, "verbis":

> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;
> II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.
> § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.
> § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.
> § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:
> I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; [...] - grifo nosso.

Considerando que a remessa oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma supracitada, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC.

Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Jr.:

> A remessa necessária não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Sendo figura processual distinta da do recurso, a ela não se aplicavam as regras do direito intertemporal processual vigente para os eles: a) cabimento do recurso rege-se pela lei vigente à época da prolação da decisão; b) o procedimento do recurso rege-se pela lei vigente à época em que foi efetivamente interposto o recurso - Nery. Recursos, n. 37, pp. 492/500. Assim, a L 10352/01, que modificou as causas em que devem ser obrigatoriamente submetidas ao reexame do tribunal, após a sua entrada em vigor, teve aplicação imediata aos processos em curso. *Consequentemente, havendo processo pendente no tribunal, enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se a causa do envio não mais existe no rol do CPC 475*. É o caso por exemplo, da sentença que anulou o casamento, que era submetida antigamente ao reexame necessário (ex- CPC 475 I), circunstância que foi abolida pela nova redação do CPC 475, dada pela L 10352/01. Logo, se os autos estão no tribunal apenas para o reexame de sentença que anulou o casamento, o tribunal não pode conhecer da remessa. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, pág 744.

Dessa forma, tendo em vista que o valor de alçada no presente feito não supera 1.000 (um mil) salários mínimos, não conheço da remessa oficial.

Passo à análise do mérito.

A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo *termo inicial*, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme *a data do requerimento*, da seguinte forma: (i) *do óbito*, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) *do requerimento*, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) *da decisão judicial*, no caso de morte presumida.

Deve-se atentar, sobre o tema, ao que prescreve a súmula 340, do STJ, no sentido de que o termo inicial das pensões decorrentes de *óbitos anteriores à vigência da Lei nº 9.528/97* é sempre *a data do óbito* do segurado porque se aplicam as normas então vigentes.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, entendeu que o benefício previdenciário da *pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito* de seu instituidor.

Não constitui demasia sublinhar que, por não correr a prescrição em relação aos *dependentes absolutamente incapazes*, mesmo que o benefício seja requerido depois de decorridos os 30 (trinta) dias do óbito do segurado, este será o termo inicial do benefício.

Na redação original do artigo 75, da Lei nº Lei 8.213/91, a RMI da pensão por morte era calculada mediante a aplicação do coeficiente de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (dois). Caso decorrente de acidente de trabalho, o coeficiente era de 100% (cem por cento) do salário de benefício ou do salário de contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso.

Com as modificações da Lei nº 9.032/95, o RMI passou a ser de 100% (cem por cento) do salário de benefício, mesmo que decorrente de acidente de trabalho.

Atualmente, o valor da renda mensal, de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, corresponde a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia na data do óbito, e, se não estava aposentado, 100% (cem por cento) da aposentadoria que receberia se fosse aposentado por invalidez.

O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de *dependentes do segurado*:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
> II - os pais;
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
> § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
> § 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.
> § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Observe-se que na redação original do dispositivo, antes das alterações introduzidas pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, eram contemplados também a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida.

Havendo mais de um dependente, a renda mensal do benefício é rateada em partes iguais (artigo 77, da Lei nº Lei 8.213/91), e, cessando o direito de um dos dependentes, sua parte reverte em favor dos demais (artigo 77, § 1º, da Lei nº Lei 8.213/91).

Nota-se que, nos termos do § 4º do artigo em questão, é imperioso que os beneficiários

comprovem a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício, sendo que em relação às pessoas discriminadas no inciso I, a dependência é presumida. Tal *condição de dependente*, cumpre sublinhar, deve ser *aferida no momento do óbito do instituidor*, já que é com o falecimento que nasce o direito.

Conforme a lição de FREDERICO AMADO (*In* "Direito e Processo Previdenciário Sistematizado", 4ª edição, 2013, Editora Jus Podivm, p. 658-659), "também serão dependentes preferenciais o parceiro homoafetivo e o ex-cônjuge ou companheiro(a) que perceba alimentos" (...) assim como "o *cônjuge separado de fato*", mas este sem a presunção de dependência econômica. Com relação ao filho e ao irmão do instituidor, ressalta que o benefício só será devido quando a "invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado".

Nos termos do art. 26, I, da Lei 8.213/91, o deferimento de pensão por morte independe do cumprimento de carência, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Contudo, após a edição da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, voltou a ser exigida uma *carência mínima de 18 (dezoito) contribuições mensais*, exclusivamente no caso da pensão destinada a cônjuge ou companheiro, nos termos da atual redação do art. 77, Inc. V, *caput*, da Lei 8.213/1991. Caso esta carência não tenha sido cumprida, ou caso o casamento ou união estável tenham se iniciado menos de dois anos antes da morte do segurado, somente poderá ser concedida pensão provisória, pelo prazo de quatro meses, conforme alínea "b" do referido inciso.

O *termo final* do benefício em questão, de acordo como o parágrafo 2º do artigo 77, da Lei 8.213/91, ocorre com: (i) a morte do pensionista; (ii) a emancipação ou a idade de 21 anos, salvo se inválido, do filho, equiparado ou irmão; (iii) a cessação da invalidez do pensionista inválido; (iv) o levantamento da interdição do pensionista com deficiência mental ou intelectual; e (v) o reaparecimento do segurado, no caos de morte presumida.

A atual redação do referido dispositivo inovou, ainda, ao estabelecer *prazos para a cessação da pensão ao cônjuge ou companheiro*, conforme a idade do dependente na época do óbito do segurado. Os prazos foram estabelecidos na alínea "c", que assim dispõe:

> Art. 77. (...)
> § 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:
> (...)
> V - para cônjuge ou companheiro:
> (...)
> c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
> 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
§ 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea "a" ou os prazos previstos na alínea "c", ambas do inciso V do § 2o, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)
§ 2º-B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea "c" do inciso V do § 2o, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

Inicialmente, verifico que a sentença é *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à corré Gasparina Silva Gonçalves. Ao contestar a pretensão da autora Vitória Régia, limitou-se a afastar a existência de união estável entre esta e o falecido, pela inexistência de dependência econômica.

Dessarte, conheço *de ofício* o vício de sentença *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à Gasparina, ante a ausência de pedido nesse sentido.

Prosseguindo, na hipótese, a ocorrência do evento morte, em 15/06/1996, encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 13).

Verifica-se presente a controvérsia acerca da qualidade de dependente em relação ao *de cujus*.

Quanto à condição de dependente da parte autora, verifico que é presumida por se tratar de companheira do falecido Antonio Peres Gonçalves.

O falecido era casado com Gasparina Silva Gonçalves, porém, estavam separados de fato, vindo ele a viver maritalmente com a autora Vitória Régia.

Infere-se dos depoimentos pessoais e de testemunhas, às fls. 136-139 e 154-156, e documento de fl. 14, 13, que à época do óbito, o *de cujus* vivia em união estável com Vitória Régia durante 6 (seis) anos e estava separado de fato de Gasparina.

À época do falecimento, foi concedida pensão por morte à Gilmar Silva Gonçalves, filho de Antonio Peres, com DIB em 15/06/1996 (fl. 104), cujo benefício foi cessado em 15/10/99 (Consulta ao CNIS).

A parte autora não juntou cópia do requerimento administrativo, tendo ajuizado a ação em 03/04/2006.

Dessarte, o termo inicial do benefício deve ser a partir da citação (04/05/2006, fl. 44), quando a autarquia tomou conhecimento do pedido da autora, tendo apresentado contestação, e não da data da expedição de ofício ao INSS, como requer a autarquia apelante.

Assim, o benefício é devido na proporção de 100% à autora Vitória Régia Leonardo Vieira, desde a citação até 05/04/2015, quando a autora veio a falecer (Certidão de Óbito à fl. 214).

Os honorários advocatícios não merecem reforma, devendo ser mantidos conforme a

sentença, por estarem de acordo com o entendimento desta E. 8ª Turma.

Não prospera a alegação de que os consectários da condenação devem ser excluídos, pois são inerentes ao valor justo e devido da condenação, àquele que teve seu direito preterido indevidamente. Trata-se de recomposição do valor corroído pela inflação e decorrente da mora do devedor.

Com efeito, a correção monetária e aos juros de mora, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960 /09, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento. Esse último período, compreendido entre a condenação e a expedição do precatório, ainda está pendente de apreciação pelo STF (Tema 810, RE nº 870.947, repercussão geral reconhecida em 16/04/2015).

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

"In casu", como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que a matéria não está pacificada, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (AC 00056853020144036126, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016)

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL, CONHEÇO DE OFÍCIO O VÍCIO DE SENTENÇA ULTRA PETITA NO PONTO EM QUE CONCEDEU PENSÃO POR MORTE À GASPARINA SILVA GONÇALVES, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DE VITÓRIA RÉGIA LEONARDO VIEIRA, E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO INSS para fixar o termo inicial do benefício, nos moldes acima explicitados.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0044458-10.2010.4.03.9999
(2010.03.99.044458-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LUCIENE CARLOS MESQUITA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ILHA SOLTEIRA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AC 1572119
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2017

EMENTA

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RETRATAÇÃO. ARTIGO 1040, INCISO II, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RE 567.985/MT, 580.963/PR e RESP 1.112.557/MG. MISERABILIDADE AFASTADA. DECISÃO MANTIDA.
- Os valores dos benefícios recebidos pela genitora da parte autora (aposentadoria e pensão) não devem ser excluídos do cálculo da renda "per capita", uma vez que, somados, superam o piso mínimo.
- A renda "per capita" do núcleo familiar supera metade do salário mínimo, sem contar com os ganhos de Adélio que, apesar de arcar com pensão alimentícia aos filhos, também pagava financiamento de um veículo que, embora não revelado pelo estudo social, certamente servia ao grupo familiar, especialmente diante da limitação de deambulação da autora atestada no laudo médico.
- Sopesados todos os elementos probantes amealhados, temos que se trata de família certamente modesta e imersa em cenário de pobreza, não, contudo, em contingência de miséria, esta, sim, apta a amparar a outorga do benefício pleiteado.
- Mantida a decisão impugnada que se encontra em sintonia com os paradigmas colacionados pela e. Vice-Presidência.

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, manter a decisão impugnada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Luciene Mesquita Silva, ajuizou ação em face do INSS pleiteando a concessão de benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência.

A sentença de fls. 95/98 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia previden-

ciária ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor das prestações vencidas nos termos da Súmula 111 do STJ.

Inconformado, o INSS interpôs apelação que foi provida pela decisão de fls. 127/130, para julgar improcedente o pedido.

Agravo legal da demandante ao qual esta Nona Turma negou provimento (fls. 144/147), ensejando Embargos de Declaração que foram rejeitados (fls. 156/160).

Recurso Especial interposto pela parte autora, sendo determinada pela e. Vice-Presidência a suspensão do feito até julgamento dos RESP que especifica (fl. 241). Posteriormente, determinou-se a devolução dos autos à Turma Julgadora para efeito de eventual juízo de retratação (543-B, § 3º, e 543-C, § 7º, II, do CPC/1973), tendo em conta o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos RE nº 567.985/MT e 580.963/PR, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.112.557/MG.

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

De pronto, para contextualizar o presente julgamento, convém esclarecer que a decisão da E. Vice Presidência encaminhou os autos para os fins do art. 543-C, § 7º, do CPC/1973, tendo em vista o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos RE nº 567.985/MT e 580.963/PR, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.112.557/MG.

No RE nº 567.985/MT restou assentado pelo STF que a despeito da declaração de constitucionalidade da norma do artigo 20, § 3º, da LOAS, quando da manifestação da Corte na ADI nº 1.232/DF, mudanças no contexto fático e jurídico tiveram o condão de promover um processo de inconstitucionalização desse preceito legal, o qual não deve ser tomado, portanto, como parâmetro objetivo único de aferição da miserabilidade. Veja-se a ementa:

> Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo". O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar

o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93. 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (DJ 03/10/2013).

Tal interpretação foi ratificada no julgamento do RE nº 580.963/PR, submetido à sistemática da repercussão geral, quando foi assentada a inconstitucionalidade por omissão do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, assim ementado:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo". O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para

> fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (DJ 14/11/2013).

De outro lado, no RESP nº 1.112.557/MG o c. STJ fixou entendimento de que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretado no sentido de amparar o cidadão vulnerável, concluindo-se que a delimitação do valor da renda familiar "per capita" prevista na LOAS não constitui o único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiário.

Eis a ementa desse julgado:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001). 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. 7. Recurso Especial provido.

Necessário, assim, que se atente ao alcance da presente apreciação - adstrita a mensurar se o acórdão antes proferido se sustenta nos pontos especificamente cuidados nos *leading case* mencionados pela d. Vice-Presidência. Não se trata, pois, de mero rejulgamento da causa, nem tampouco de averiguar, de maneira ampla, a justiça da decisão e se o melhor direito foi, de fato, aplicado.

Avançando, então, na análise própria desta oportunidade, importa analisar o estudo social realizado, uma vez que a incapacidade laborativa da parte autora não se insere no âmbito do julgamento nesta oportunidade.

O estudo social acostado a fls. 88/89, datado de 19/11/2009, revela que o núcleo familiar é integrado pela autora, sua mãe, Almerinda Sebastiana de Mesquita, e seu irmão, Adélio Carlos Mesquita, 41 anos, motorista da Prefeitura Municipal. A renda familiar é composta por dois salários mínimos percebidos pela genitora a título de aposentadoria e pensão, além do salário do irmão, no valor de R$ 1.226,44, não computadas eventuais horas extras. Ainda, que o irmão colabora apenas com um cartão alimentação no valor de R$ 49,00, uma vez que o restante é comprometido por dívidas de financiamento de um carro e pagamento de pensão alimentícia para quatro filhos que residem em Goiás.

Destaque-se que os valores dos benefícios recebidos pela genitora da parte autora não devem ser excluídos do cálculo da renda "per capita", uma vez que, somados, ultrapassam o piso mínimo - à época, o valor do salário mínimo era de R$ 465,00.

Logo, a renda "per capita" do núcleo familiar supera metade do salário mínimo, sem contar com os ganhos de Adélio que, apesar de arcar com pensão alimentícia aos filhos, também pagava financiamento de um veículo que, embora não revelado pelo estudo social, certamente servia ao grupo familiar, especialmente diante da limitação de deambulação da autora atestada no laudo médico de fls. 74/77.

Sopesados, então, todos os elementos probantes amealhados, temos que se trata de família certamente modesta, não se vislumbrando, contudo, cenário de privações ou contingência de miséria, esta, sim, apta a amparar a outorga do benefício pleiteado.

E, como se sabe, dentre os escopos do benefício de prestação continuada, não está o de suplementar renda ou propiciar maior conforto ao interessado (e.g.: AC 00394229420044039999, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, TRF3, Nona Turma, DJU 24/11/2005).

Assim, não restou comprovada situação de hipossuficiência, ainda que por outros meios probantes, como indicado no sobredito paradigma do C. Supremo Tribunal Federal, exarado em repercussão geral.

Desse modo, a decisão impugnada encontra-se em sintonia com os paradigmas colacionados pela e. Vice-Presidência.

Ante o exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, mantenho a decisão que negou provimento ao agravo legal da parte autora.

Remetam-se os autos à e. Vice-presidência para as providências cabíveis.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0044870-04.2011.4.03.9999
(2011.03.99.044870-4)

Agravante: EDNA APARECIDA DE SOUZA SANTOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelantes: EDNA APARECIDA DE SOUZA SANTOS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SÃO CAETANO DO SUL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Classe do Processo: ApelReex 1695030
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC/73). PODERES DO RELATOR. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVA PERICIAL. INTERPRETAÇÃO *CONTRARIO SENSU*. ART. 436 DO CPC/73. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES PERICIAIS. MATÉRIA NÃO ADSTRITA À CONTROVÉRSIA MERAMENTE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INFIRMEM O PARECER DO EXPERTO. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONVICÇÕES DO MAGISTRADO. PREEXISTÊNCIA DA INCAPACIDADE. REFILIAÇÃO TARDIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 42, § 2º E 59, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA LEI Nº 8.213/91. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. RECURSO DESPROVIDO.

1 - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com "súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária "à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC/73).

2 - O denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC/73) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

3 - Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, verifica-se que a agravante recolheu como "Empresário/Empregador" de 01/12/85 a 31/12/85 e de 01/08/86 a 31/01/87 (7 meses de contribuição). Ficou afastada do RGPS por 21 (vinte e um) anos, tendo reingressado na data de 01/01/2008, quando já contava com 57 (cinquenta e sete) anos, como segurada facultativa. Logo após, pleiteou auxílio-doença, tendo gozado do benefício por diversas vezes, o primeiro iniciado na data de 19/12/2008.

4 - O experto afirma em seu parecer técnico, elaborado no dia 04/11/2010, que a pericianda encontra-se acometida de mal incapacitante e irreversível pelo menos desde 2008, qual seja, "Mononeurite múltipla e Polirradiculoneurite crônica", bem como

apresenta "doenças associadas como Diabetes Mellitus e Hipertensão arterial". Esclarece no corpo do texto que a mononeurite múltipla se cuida de um grupo de sintomas, não uma doença distinta (fl. 74).
5 - Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a *contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.
6 - Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise do histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.
7 - Desta forma, do contexto, extrai-se que, ao se refiliar em 01/01/2008, frise-se, após 21 (vinte um) anos sem verter contribuições, a autora já era portadora das doenças descritas no laudo pericial, estando configurada, portanto, a preexistência desses males, apontando que a filiação foi tardia.
8 - Diante de tais elementos, aliados às máximas de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, conforme expressamente dispõe o art. 335 do CPC/73, inevitável a conclusão de que, quando já incapaz de exercer suas atividades habituais, decidiu a parte autora filiar-se ao RGPS com o objetivo de buscar, indevidamente, proteção previdenciária que não lhe alcançaria, conforme vedações constantes dos artigos 42, § 2º e 59, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/91.
9 - O fato do INSS ter lhe concedido anteriormente o benefício não tem o condão de chancelar a sua filiação ao RGPS, pois um erro não justifica o outro. Além do mais, acolher tal argumentação implicaria, por vias transversas, em se impedir que a Administração corrigisse os seus próprios equívocos e potenciais ilegalidades, fazendo com que tais condutas se perpetuassem no tempo.
10 - Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.
11 - Agravo legal da parte autora 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 legal da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC/73) interposto por EDNA APARECIDA DE SOUZA SANTOS contra a decisão monocrática proferida pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, que deu provimento à remessa oficial e apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Razões recursais às fls. 168/175, oportunidade em que requer a reforma da decisão, uma vez que, no seu entender, a incapacidade sobreveio por motivo de progressão ou agravamento da doença, não sendo, portanto, a patologia preexistente.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

> *Trata-se de ação que busca a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.*
> *Com processamento regular, foi proferida sentença de mérito pela procedência do pedido (fls.93/100).*
> Inconformados, a parte-autora e o INSS apelaram requerendo a reforma do julgado (fls.102/109 e 111/118, respectivamente).
> Com contrarrazões da parte-autora (fls.122/132), subiram os autos a este Tribunal.
> Decido.
> Verifico que o presente caso contém os elementos que permitem a aplicação do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. STJ.
> Como requisito de eficácia de sentenças proferidas em desfavor de entes estatais, a remessa oficial terá a extensão da sucumbência do ente público, observados os requisitos e cláusulas de dispensa previstas na lei processual. Contudo, conforme sedimentado na Súmula 490 do E. STJ, "A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas." A mesma orientação consta também no REsp 1101727 / PR (2008/0243702-0), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, v.u., DJe 03/12/2009, submetido ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil.
> Em vista da legislação vigente na data em que são reunidos os requisitos materiais e formais para a concessão de benefícios previdenciários, e para o que interessa a este feito, a aposentadoria por invalidez está prevista nos arts. 42 a 47, ao passo em que o auxílio-doença está contido nos arts. 59 a 63, todos da Lei 8.213/1991.
> Por força desses preceitos normativos, a concessão da aposentadoria por invalidez depende, cumulativamente, da comprovação: a) da incapacidade total e permanente para o trabalho;

b) de doença ou lesão posterior ao ingresso do requerente como segurado ou, se anterior, se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão; c) da carência de 12 contribuições (observadas as exceções legais), estando ou não a pessoa no gozo do auxílio-doença; d) da condição de segurado (obrigatório ou facultativo) da Previdência Pública do trabalhador no momento do surgimento da incapacidade.

Tanto quanto a aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença é benefício previdenciário substitutivo do trabalho, motivo pelo qual ambos têm requisitos semelhantes. A diferença é que concessão de auxílio-doença se dá em casos nos quais o trabalhador pode ser recuperado ou readaptado (reabilitado) para o trabalho, e, por isso, a incapacidade laboral pode ser parcial e permanente ou total e temporária, perdurando enquanto houver doença incapacitante. Por isso, é necessário flexibilizar a análise do pedido em ações judiciais a propósito desses temas, de modo que é possível conceder aposentadoria por invalidez se o pedido foi de auxílio-doença (com fundamento especialmente na celeridade e otimização da prestação jurisdicional que decorrem da duração razoável do processo) bem como é possível conceder auxílio-doença se requerida aposentadoria por invalidez (não só porque pelo argumento a maiori, *ad minus*, mas também pela economicidade e pela eficiência que orientam a atuação estatal), mesmo porque restam preservados a ampla defesa e o contraditório nessa flexibilização.

É verdade que haverá incapacidade total e permanente se o trabalhador for insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência segundo suas qualificações profissionais, idade e demais elementos que se inserem em seu contexto. Por tudo isso é essencial a realização de parecer ou perícia médica que viabilize a aferição, no caso concreto, de deficiência do trabalhador para atividades que possam prover seu sustento.

Diante do sistema solidário que deriva da construção jurídica da seguridade social brasileira, o cumprimento da carência e a condição de segurado são também requisitos relevantes, porque exibem o comprometimento do trabalhador com a manutenção financeira dos benefícios pecuniários pagos pelo INSS. Por isso, a incapacidade laborativa não pode existir antes do ingresso no sistema de seguridade, sob pena de ofensa tanto à solidariedade quanto à própria igualdade (na medida em que não só a necessidade pessoal deve mover o trabalhador a contribuir para as reservas que financiam o seguro social).

Embora exigindo em regra apenas 12 contribuições (art. 24 e art. 25, I, da Lei 8.213/1991), a carência por certo é dispensável nas hipóteses do art. 26, II, da mesma Lei 8.213/1991, que prevê inexigência em casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social (e suas atualizações), de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. Até que seja elaborada a lista de doenças referidas, o art. 151 da Lei 8.213/1991 dispensa de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. O art. 11, VII, o art. 26, III, e o art. 39, I, todos da Lei 8.213/1991 também dispensam de carência aqueles que se caracterizam como segurados especiais nas formas de “pequenos produtores” ou “pescadores artesanais” ou que inserem no denominado “regime de economia familiar”.

Enquanto se verificar o trabalho e as contribuições, haverá condição de segurado do Regime Geral, exigência que estimula a permanência do trabalhador no sistema solidário da seguridade. Contudo, em regra, cessado o trabalho e as contribuições, há a perda da condição de segurado no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do fi-

nal dos prazos previstos no art. 15 da Lei 8.213/1991. Antes disso se dá o chamado "período de graça" porque até então ficam mantidos a filiação e conseqüentes direitos perante a Previdência Social (note-se, por prazo indeterminado para quem está no gozo de benefícios conforme art. 15, I da Lei 8.213/1991), tudo extensível ao trabalhador doméstico por força do art. 63 da Lei Complementar 150/2015. É claro que será mantida a condição de segurado (mesmo além dos prazos do art. 15 da Lei 8.213/1991) se houver demonstração clara de que a incapacidade laboral o impediu a continuidade ou o retorno tempestivo ao trabalho.

Nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

A propósito das provas da carência e da condição de segurado, por certo servem para tanto a carteira de trabalho, carnês ou guias de recolhimento de contribuições previdenciárias e demais meios de prova, especialmente as indicações do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) mantido pelo próprio INSS (e, por isso, dotado de presunção relativa de veracidade e de validade). Contudo, o trabalhador (rural ou urbano) também poderá demonstrar esses elementos por prova testemunhal fortalecida por início de prova documental, com amparo na Súmula 149 do E. STJ.

Presentes os requisitos, em regra, o termo inicial do benefício é o momento no qual o mesmo é reclamado junto ao INSS pelas vias próprias, quais sejam, a data do requerimento administrativo (se houver) ou a data da citação (dos dois, a anterior), conforme decidido pelo E. STJ no RESP 1369165, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/02/2014, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Somente em casos de atraso na citação imputado ao Poder Judiciário é que aplica a Súmula 106 do E. STJ, quando a data da distribuição da ação judicial é o termo inicial. Dentre outros momentos que, por exceção, podem ser definidos como termo inicial estão a data da incapacidade (quando superveniente ao requerimento administrativo ou à citação/ajuizamento), caso no qual caberá ao laudo pericial a exata definição do momento a partir de sua análise concreta. É pertinente também fixar a data da indevida cessação em caso de restabelecimento de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. Importante observar que o termo inicial do benefício (momento no qual é concedido, independentemente da data do primeiro pagamento) é também referência para a definição dos critérios legais aplicáveis ao cálculo do benefício.

Após a concessão, há outra diferença relevante entre esses benefícios por incapacidade, uma vez que a aposentadoria por invalidez é paga por tempo indeterminado (por conta da permanente incapacidade, embora novos procedimentos científicos possam ensejar a recuperação da capacidade laboral) e o auxílio-doença pode ser pago por tempo indeterminado ou determinado (dependendo da incapacidade e possibilidade de recuperação ou readaptação do segurado). Por isso, esses benefícios permitem análises periódicas por parte das autoridades administrativas, bem como a delimitação temporal em certas circunstâncias do auxílio-doença.

No caso dos autos, foi requerida a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, a partir da data da alta médica indevida do auxílio-doença NB 533.617.662-8, em 28.02.2009. A propositura da presente demanda deu-se em 30.10.2009 (fls.2), tendo sido efetivada a citação do réu em 20.11.2009 (fls.30).

A sentença julgou procedente pedido de aposentadoria por invalidez desde o dia seguinte à alta médica, em 18.02.2009, arbitrando honorários em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 STJ. Determinou que as prestações vencidas sejam acrescidas de juros de 0,5% ao mês, a partir da citação, nos termos da Súmula 204 STJ e correção monetária nos termos estabelecidos pela Súmula 8 TRF 3ª Região.

O INSS apela requerendo a reforma da sentença, ao argumento de que a doença é preexistente ao reingresso na Previdência; pugna, ainda, pela fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial.

A parte-autora, de seu turno, requer a majoração da verba honorária para 15% sobre o valor da condenação.

Contudo, observo que a doença da parte-autora é preexistente ao tempo em que reingressou no sistema de seguridade. A esse propósito, inicialmente é necessário frisar que a Seguridade Social brasileira está construída sobre os parâmetros jurídicos da solidariedade, de modo que a seguro social depende do cumprimento de um conjunto de requisitos distribuídos por toda sociedade e também para o Estado, especialmente por trabalhadores, sendo certo que as contribuições necessárias ao custeio desse conjunto de benefícios pecuniários devem ser recolhidas mesmo quando o trabalhador não está acometido de doenças incapacitantes.

Não havendo contribuições por parte dos trabalhadores (contribuintes obrigatórios ou facultativos) sob a lógica solidária que mantém o sistema de seguridade, *e se esses trabalhadores só fazem discretas contribuições quando já estão acometidos de doenças incapacitantes, por certo o benefício previdenciário não é devido à luz da Lei 8.213/1991 e da própria lógica constitucional da Previdência.*

Se de um lado é verdade que eventuais concessões de benefícios na via administrativa desfrutam de presunção relativa de veracidade e de validade, de outro lado também é verdade que o Poder Público tem o dever de rever seus atos quando inválidos (Súmula 473 do E.STF), motivo pelo qual a concessão de benefícios previdenciários em casos de preexistência da doença incapacitante não pode influir na análise judicial.

Realizada perícia em 04.11.2010, ficou constatado que a parte autora apresenta "incapacidade total e permanente", por ser portadora de mononeurite múltipla G 58-7 e polirradiculoneurite crônica G 62-9 (fls.70/78). Ficou consignado ainda que as moléstias são irreversíveis e não há possibilidade de reabilitação.

De acordo com o laudo, as datas de início da doença e da incapacidade confundem-se, tendo sido iniciadas em 2008 (fls.77), não havendo previsão de cura.

Observando o histórico da parte-autora, nota-se que ao tempo do laudo pericial tinha 59 anos (porque nasceu em 18.09.1951, fls.8), estudou até o ensino fundamental, alegando ter trabalhado como costureira.

Com relação à carência e à condição de segurado, consoante pesquisa realizada no CNIS (fls. 10/11, 90 e 119), há registro de que a parte-autora verteu contribuições previdenciárias, como contribuinte individual - empresário, nos seguintes meses: 12.1985; 08.1986 a 01.1987; 01.2008 a 11.2008; 05.2009 a 09.2010; 03.2012; 04.2012; 06.2012 a 08.2012; 01.2013 a 08.2013; 02.2014 a 06.2014 e de 12.2014 a 10.2015. Esteve em gozo de auxílio-doença em diversos períodos, inclusive após o ajuizamento da vertente ação, quais sejam: 19.12.2008 a 18.04.2009; 10.10.2010 a 22.08.2011; 27.09.2011 a 28.02.2012; 27.09.2012 a 11.12.2012; 30.09.2013 a 10.01.2014 e de 02.07.2014 a 01.11.2014.

Não obstante, pelo que consta dos autos, a parte-autora ficou 21 anos sem recolher contribuições previdenciárias (entre 1987 e 2008), tendo retornado aos recolhimentos como contribuinte individual para, pouco tempo após, fazer requerimento de benefício por incapacidade. Há preexistência da doença, uma vez que o perito judicial fixou a data de início da incapacidade no ano 2008, mas as patológicas crônicas da parte-autora dão claro indicativo de que somente voltou a recolher quando já estava acometida de doença incapacitante.

Por isso, estão ausentes os requisitos para a concessão do benefício requerido.

Considerando que o feito tramitou sob os auspícios da justiça gratuita, quando vencida a parte-autora, não há condenação em sucumbência pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12 da Lei 1.060/1950 torna a sentença um titulo judicial condicional (RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). Portanto, a parte-autora está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais nos termos da Lei 1.060/1950.

Do exposto, nos termos do art. 557, do CPC, DOU PROVIMENTO à apelação do INSS e à remessa oficial.

Sem condenação em custas e honorários, respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem (g.n.).

É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com "súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária "à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC/73).

De seu lado, o denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC/73) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás, "Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder" (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, verifica-se que a agravante recolheu como "Empresário/Empregador" de 01/12/85 a 31/12/85 e de 01/08/86 a 31/01/87 (7 meses de contribuição). Ficou afastada do RGPS por 21 (vinte e um) anos, tendo reingressado na data de 01/01/2008, quando já contava com 57 (cinquenta e sete) anos, como segurada facultativa. Logo após, pleiteou auxílio-doença, tendo gozado do benefício por diversas vezes, o primeiro iniciado na data de 19/12/2008.

O experto afirma em seu parecer técnico, elaborado no dia 04/11/2010, que a pericianda encontra-se acometida de mal incapacitante e irreversível pelo menos desde 2008, qual seja, "Mononeurite múltipla e Polirradiculoneurite crônica", bem como apresenta "doenças associadas como Diabetes Mellitus e Hipertensão arterial". Esclarece no corpo do texto que a mononeurite múltipla se cuida de um grupo de sintomas, não uma doença distinta (fl. 74).

Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a *contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise do histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.

Desta forma, do contexto, extrai-se que, ao se refiliar em 01/01/2008, frise-se, após 21 (vinte um) anos sem verter contribuições, a autora já era portadora das doenças descritas no laudo pericial, estando configurada, portanto, a preexistência desses males, apontando que a filiação foi tardia.

Diante de tais elementos, aliados às máximas de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, conforme expressamente dispõe o art. 335 do CPC/73, inevitável a conclusão de que, quando já incapaz de exercer suas atividades habituais, decidiu a parte autora filiar-se ao RGPS com o objetivo de buscar, indevidamente, proteção previdenciária que não lhe alcançaria, conforme vedações constantes dos artigos 42, § 2º e 59, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/91.

Acresça-se que o fato do INSS ter lhe concedido anteriormente o benefício não tem o condão de chancelar a sua filiação ao RGPS, pois um erro não justifica o outro. Além do mais, acolher tal argumentação implicaria, por vias transversas, em se impedir que a Administração corrigisse os seus próprios equívocos e potenciais ilegalidades, fazendo com que tais condutas se perpetuassem no tempo.

Por tais razões, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo legal da parte autora.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0047160-89.2011.4.03.9999
(2011.03.99.047160-0)

Apelantes: VITOR FERREIRA DO AMARAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ÁGUAS DE LINDÓIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: ApelReex 1699799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS PARCIALMENTE RECONHECIDA. PADEIRO. EXPOSIÇÃO A CALOR ACIMA DOS LIMITES LEGALMENTE ADMITIDOS. AGENTE FÍSICO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM MEDIANTE APLICAÇÃO DO FATOR PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.
1. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme art. 201, § 7º, da constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98, é assegurada após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. Nos dois casos, necessária, ainda, a comprovação da carência e da qualidade de segurado.
2. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.
3. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigeram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.
4. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.
5. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.
6. Efetivo exercício de atividades especiais comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos agressores à saúde, em níveis superiores aos permitidos em lei.
7. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 21 (vinte e um) anos e 14 (quatorze) dias de tempo de contribuição (fl. 93), não tendo sido reconhecidos como de natureza especial nenhum dos períodos pleiteados. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba ape-

nas o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971. Ocorre que, nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971, a parte autora, na função de padeiro esteve exposta a calor acima dos limites legalmente admitidos (fls. 217/254), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.1.1 do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.1 do Decreto nº 83.080/79, código 2.0.4 do Decreto nº 2.172/97 e código 2.0.4 do Decreto nº 3.048/99.

8. Somados todos os períodos comuns, inclusive rurais sem registro, e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 39 (trinta e nove) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004).

9. O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R.) ou, na sua ausência, a partir da citação.

10. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

11. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

12. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004), observada eventual prescrição quinquenal, ante a comprovação de todos os requisitos legais.

13. Remessa necessária e apelação do INSS desprovidas. Apelação da parte autora parcialmente provida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

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 remessa necessária e à apelação do INSS, dar parcial provimento à apelação da parte autora e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator): Trata-se de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição (melhor hipótese financeira) ajuizado por Vitor Ferreira do Amaral em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Contestação do INSS às fls. 103/133, na qual sustenta o não enquadramento das atividades exercidas pela parte autora como sendo de natureza especial, bem como a não comprovação do efetivo exercício do trabalho rural, requerendo, ao final, a improcedência total do pedido.

Laudo pericial às fls. 217/254.

Sentença às fls. 280/283, pela parcial procedência do pedido, para reconhecer os períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971 como sendo de natureza especial e determinar a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional da parte autora, fixando a sucumbência e a remessa necessária.

Apelação da parte autora às fls. 287/301, pela integral procedência do pedido formulado na exordial.

Apelação do INSS às fls. 304/308, pela improcedência total do pedido formulado na exordial.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator): Pretende a parte autora, nascida em 16.07.1949, o reconhecimento do exercício de atividades especiais nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971, e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (melhor hipótese financeira), a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004).

Para elucidação da controvérsia, cumpre distinguir a aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no art. 52 do mesmo diploma legal, pois a primeira pressupõe o exercício de atividade laboral considerada especial, pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, sendo que, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da EC 20/98, ou seja, inexiste pedágio ou exigência de idade mínima, nem submissão ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de contribuição pode haver tanto o exercício de atividades especiais como o exercício de atividades comuns, sendo que os períodos de atividade especial sofrem conversão em atividade comum, aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá

se submeter às regras da EC 20/98.

Da atividade especial.

No que se refere à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original que "(...) A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica (...)". Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, tal dispositivo legal teve sua redação alterada, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, na forma que segue:

> Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.
> § 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.
> § 2º Deverão constar do laudo técnico referido no parágrafo anterior informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.
> § 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.
> § 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento [...].

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação foi definida apenas com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV). Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal disposição somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual a apresentação de laudo técnico só pode ser exigida a partir dessa ultima data. Nesse sentido é o entendimento majoritário do E. STJ:

> PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.
> [...]
> - A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

> - A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.
> - Precedentes desta Corte.
> - Recurso conhecido, mas desprovido (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Assim, em tese, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030 (exceto para o agente nocivo ruído, por depender de prova técnica).

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigeram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Saliento que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Quanto ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde. Por tais razões, até ser editado o referido decreto, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 decibéis como agente nocivo à saúde. Com o advento do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível passou a ser de 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto nº 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do art.543-C do Código de Processo Civil (Recurso Especial Repetitivo), fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto nº 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis, na forma que segue:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAFETAÇÃO DO PRESENTE CASO. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

> 1. Considerando que o Recurso especial 1.398.260/PR apresenta fundamentos suficientes para figurar como representativo da presente controvérsia, este recurso deixa de se submeter ao rito do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.
> 2. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.
> 3. O limite de tolerância para configuração da especial idade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.
> 4. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço especial implica indeferimento do pedido de aposentadoria especial por falta de tempo de serviço.
> 5. Recurso especial provido (REsp 1401619/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Dessa forma, é de se considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a nível de ruído superior a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, superior a 90 decibéis e, a partir de então, superior a 85 decibéis.

De outra parte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividades em condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico.

E não afasta a validade de suas conclusões o fato de ter sido o PPP ou laudo elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente porque a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica tende a propiciar condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual, sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas:

> i) tese 1 - regra geral: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial; e ii) tese 2 - agente nocivo ruído: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos.

NO CASO DOS AUTOS, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 21 (vinte e um) anos e 14 (quatorze) dias de tempo de contribuição (fl. 93), não tendo sido reconhecidos como de natureza especial nenhum dos períodos pleiteados. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba apenas o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971.

Ocorre que, nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971, a parte autora, na função de padeiro esteve exposta a calor acima dos limites legalmente admitidos (fls. 217/254), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.1.1 do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.1 do Decreto nº 83.080/79, código 2.0.4 do Decreto nº 2.172/97 e código 2.0.4 do Decreto nº 3.048/99.

Sendo assim, somados todos os períodos comuns e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 39 (trinta e nove) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

Restaram cumpridos pela parte autora, ainda, os requisitos da qualidade de segurado (art. 15 e seguintes da Lei nº 8.213/91) e a carência para a concessão do benefício almejado (art. 24 e seguintes da Lei nº 8.213/91).

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria por tempo de contribuição, com valor calculado na forma prevista no art. 29, I, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Na eventualidade do tempo de contribuição ora reconhecido possibilitar a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição segundo as regras da EC nº 20/98, deverá o INSS implantar a melhor hipótese financeira.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Caso a parte autora já esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo beneficio que entenda ser-lhe mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já

recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.

Diante de todo o exposto, *nego provimento à remessa necessária e à apelação do INSS e dou parcial provimento à apelação da parte autora*, para, fixando, de ofício, os consectários legais, julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004), observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora VITOR FERREIRA DO AMARAL, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício de APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO*, com D.I.B. em 09.03.2004 e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, nos termos da presente decisão, tendo em vista o art. 497 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005352-72.2012.4.03.6183
(2012.61.83.005352-1)

Apelante: MAURICIO PEREIRA DA COSTA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 2159150
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO EM 2ª INSTÂNCIA. ARTIGO 1.013 DO NOVO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. MAJORAÇÃO. EFEITOS FINANCEIROS. TERMO INICIAL. FORMA DE CÁLCULO DA RMI.

I - O Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631.240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03.09.2014, decidiu não haver necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefício, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato o que não se verifica na hipótese em tela.

II - A possibilidade da revisão do benefício por força das reclamatórias trabalhistas nasceu apenas a partir do trânsito em julgado dos comandos então proferidos, de modo que, em tal situação, deve ser este o termo inicial do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91. Nesse contexto, a redação conferida pela Lei nº 10.839/2004 ao mencionado dispositivo fixou em dez anos o prazo decadencial em comento.

III - Tendo em vista o trânsito em julgado da decisão proferida no processo nº 1451/97, em 05.09.2000, e que a presente ação foi ajuizada em 22.02.06.2012, efetivamente ocorreu a decadência do direito do autor de pleitear a revisão do benefício de que é titular com base no julgado proferido na referida demanda. Quanto ao processo nº 1015/98, não há que se falar em decadência, considerando o trânsito em julgado da sentença no ano de 2003, tendo sido o presente feito ajuizado antes do exaurimento do prazo decenal.

IV - Considerando o êxito do segurado nos autos da reclamatória trabalhista, resta evidente o direito ao recálculo da renda mensal inicial do benefício por ele titularizado, uma vez que os salários-de-contribuição integrantes do período-básico-de-cálculo restaram majorados em seus valores.

V - O fato de a Autarquia não ter integrado a lide trabalhista não lhe permite se furtar dos efeitos reflexos emanados da coisa julgada ocorrida no âmbito daquela demanda.

VI - Restou determinado o recolhimento das contribuições previdenciárias na demanda trabalhista, tendo sido preservada a fonte de custeio relativa ao adicional pretendido, não existindo justificativa para a resistência do INSS em reconhecê-los para

fins previdenciários, ainda que não tenha integrado aquela lide. Ainda que assim não fosse, de rigor a acolhida da pretensão do demandante, tendo em vista que não responde o empregado por eventual falta do empregador em efetuar os respectivos recolhimentos.
VII - O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão fica mantido na data da concessão do benefício titularizado pela demandante, tendo em vista o entendimento do STJ, no sentido de que o deferimento de verbas trabalhistas representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado. Ajuizada a presente demanda em 22.06.2012, restam prescritas as diferenças vencidas anteriormente a 22.06.2007.
VIII -Apelação do autor provida. Feito declarado extinto, de ofício, com fulcro no artigo 487, II, do Código de Processo Civil de 2015, em relação a parte do pedido, e julgado procedente em relação ao pleito remanescente.

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 à apelação da parte autora e, com abrigo no § 3º, I, do artigo 1.013 do Código de Processo Civil de 2015, declarar, de ofício, extinto o presente feito, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, II, do Código de Processo Civil de 2015, em relação a parte do pedido, e julgar procedente o pedido remanescente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou extinta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC de 1973, ação previdenciária através da qual busca a parte autora a revisão da renda mensal do benefício de que é titular, considerando a nova relação de salários-de-contribuição emitida por ex-empregadora por força de decisão judicial proferida em contenda trabalhista. O demandante foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, cuja exigibilidade restou sobrestada em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita. Isenção de custas, na forma da lei.

Em suas razões recursais, alega a parte autora estar presente seu interesse de agir visto que, embora não tenha havido requerimento administrativo de revisão no caso em tela, restou patente a resistência à sua pretensão por parte da Autarquia. Pugna seja julgado procedente o pedido veiculado na inicial, com a revisão de sua aposentadoria, desde 22.06.2007.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Da carência de ação.

A sentença recorrida extinguiu o processo, entendendo que para o ajuizamento de ação previdenciária é necessário o prévio requerimento administrativo do benefício.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631.240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03.09.2014, decidiu não haver necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefício, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato o que não se verifica na hipótese em tela.

A propósito, trago à colação o referido acórdão:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.
> 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
> 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
> 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
> 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
> 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
> 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
> 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
> 8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

> 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631.240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

De outra parte, considerando que o feito se encontra devidamente instruído, passo, pois, à apreciação da matéria de fundo, não havendo se falar em supressão de um grau de jurisdição, nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Da decadência.

Destaco que a possibilidade da revisão do benefício por força das reclamatórias trabalhistas nasceu apenas a partir do trânsito em julgado dos comandos então proferidos, de modo que, em tal situação, deve ser este o termo inicial do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

Nesse contexto, a redação conferida pela Lei nº 10.839/2004 ao mencionado dispositivo fixou em dez anos o prazo decadencial em comento.

Assim, tendo em vista o trânsito em julgado da decisão proferida no processo nº 1451/97, que tramitou perante a 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Guarulhos, e que obteve o nº 199903611277 no TRT da 2ª Região, em 05.09.2000 (fl. 65), e que a presente ação foi ajuizada em 22.02.06.2012 (fl. 02), efetivamente ocorreu a decadência do direito do autor de pleitear a revisão do benefício de que é titular com base no julgado proferido na referida demanda.

Quanto ao processo nº 1015/98, cujo trâmite se deu perante a 4ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP (processo nº 20020044210 do TRT da 2ª Região), não há que se falar em decadência, considerando o trânsito em julgado da sentença no ano de 2003, tendo sido o presente feito ajuizado antes do exaurimento do prazo decenal.

Do mérito.

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário, através da qual objetiva a parte autora o recálculo da renda mensal inicial de sua aposentadoria por tempo de serviço, com o consequente pagamento das diferenças apuradas, desde 22.06.2007, considerando as novas relações de salários-de-contribuição emitidas por ex-empregadoras por força de decisão judicial proferida em contenda trabalhista.

À fl. 160/164 foi juntada cópia de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fl. 168/173), através da qual o autor obteve êxito em parte de sua pretensão, sendo as demandadas Cummins Brasil Ltda. e Elitech Engenharia de Serviços Indústria e Comércio Ltda. condenadas a pagar diferenças salariais decorrentes da nulidade do contrato de trabalho firmado com a segunda reclamada, bem como da unicidade do vínculo empregatício mantido com a primeira reclamante no intervalo de 20.03.1984 a 24.03.1997.

Cumpre esclarecer que o salário-de-benefício da parte autora foi calculado, inicialmente, com base nos documentos apresentados quando do requerimento administrativo de concessão da benesse, salientando que os salários-de-contribuição que compuseram o período-básico-de-cálculo foram considerados sem os acréscimos ora pretendidos.

Entretanto, considerando o êxito do segurado nos autos da reclamatória trabalhista, resta evidente o direito ao recálculo da renda mensal inicial do benefício por ele titularizado, uma vez que os salários-de-contribuição integrantes do período-básico-de-cálculo restaram majorados em seus valores.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. MAJORAÇÃO DA RENDA MENSAL INICIAL.
> - As parcelas trabalhistas reconhecidas em sentença trabalhista após a concessão do benefício, sobre as quais foram recolhidas as contribuições previdenciárias correspondentes, devem integrar os salários-de-contribuição utilizados no período-base de cálculo, com vista à apuração da nova renda mensal inicial, com integração daquelas parcelas.
> - Recurso desprovido.
> (STJ; RESP 720340/MG; 5ª Turma; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; DJ de 09.05.2005, pág. 472)

Desse modo, deverá ser procedido o recálculo da renda mensal inicial, considerando o rol dos salários-de-contribuição que compuseram o período-básico-de-cálculo consoante decidido na lide trabalhistas, sendo que o pagamento do benefício com o novo valor é devido a partir da DIB (20.02.1997; fl. 22), tendo em vista o entendimento do STJ, no sentido de que o deferimento de verbas trabalhistas representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, consoante se depreende do seguinte precedente:

> PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS. DIREITO JÁ INCORPORADO AO PATRIMÔNIO. SÚMULA 83. VIOLAÇÃO DO ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SENTENÇA TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL.
> 1. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem consignou que o "termo inicial dos efeitos financeiros deve retroagir à data da concessão do benefício, tendo em vista que o deferimento de verbas trabalhista s representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado".
> 2. O acórdão recorrido alinha-se ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de que tem o segurado direito à revisão de seu benefício de aposentadoria desde o requerimento administrativo, pouco importando se, naquela ocasião, o feito foi instruído adequadamente. No entanto, é relevante o fato de, àquela época, já ter incorporado ao seu patrimônio jurídico o direito ao cômputo a maior do tempo de serviço, nos temos em que fora comprovado posteriormente em juízo. Súmula 83/STJ.
> 3. O decisum vergastado tem por fundamento elementos de prova constantes de processo trabalhista, consignando o Tribunal de origem que o "vínculo é inconteste" e que "o provimento final de mérito proferido pela Justiça do Trabalho deve ser considerado na revisão da renda mensal inicial do benefício concedido aos autores". Súmula 7/STJ.
> 4. A discrepância entre julgados deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.
> 5. Agravo Regimental não provido
> (AGRESP 1427277, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 15/04/2014).

Ajuizada a presente demanda em 22.06.2012 (fl. 02), restam prescritas as diferenças vencidas anteriormente a 22.06.2007.

De outro turno, foi determinado o recolhimento das contribuições previdenciárias na demanda trabalhista, tendo sido preservada a fonte de custeio relativa aos adicionais pretendidos, não existindo justificativa para a resistência do INSS em reconhecê-los para fins previdenciários, ainda que não tenha integrado aquela lide.

Ainda que assim não fosse, de rigor a acolhida da pretensão do demandante, tendo em vista que não responde o empregado por eventual falta do empregador em efetuar os respectivos recolhimentos, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, como a seguir transcrito:

> PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. RECOLHIMENTO CONTRIBUIÇÕES. CONTAGEM RECÍPROCA.
> (...)
> - No caso de empregado e trabalhadores avulsos, a obrigatoriedade dos recolhimentos das contribuições previdenciárias está a cargo de seu empregador . Impossibilidade de se exigir, do segurado, a comprovação de que foram vertidas. Cabe ao INSS cobrá-las do responsável tributário na forma da lei. Inteligência dos artigos 139 e 141, do Decreto 89.312/84.
> (...)
> (TRF da 3ª Região, 8ª Turma, AC.nº 2001.61.02.000397-8/SP, Rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, DJF3 de 12/05/2009, p. 477)

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que ordenou a revisão da renda mensal do benefício titularizado pelo autor, considerando-se os salários-de-contribuição reconhecidos na seara trabalhista.

A correção monetária e os juros de mora serão aplicados na forma da legislação de regência.

Os honorários advocatícios ficam arbitrados em 15% das diferenças vencidas até a presente data, conforme o entendimento desta 10ª Turma, tendo em vista que o feito foi julgado extinto pelo Juízo *a quo*.

A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação da parte autora*, para reconhecer a existência do interesse de agir e, com abrigo no § 3º, I, do artigo 1.013 do Código de Processo Civil de 2015, *declaro, de ofício, extinto o presente feito, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, II, do Código de Processo Civil de 2015*, quanto ao pedido de revisão do benefício, considerando-se a relação de salários-de-contribuição emitida pela ex-empregadora por força da decisão judicial proferida na ação trabalhista nº 1451/97, que tramitou perante a 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Guarulhos (nº 199903611277 no TRT da 2ª Região) e *julgo procedente o pedido remanescente*, a fim de condenar o INSS a revisar a renda mensal do benefício de que a demandante é titular, considerando os salários-de-contribuição apurados em razão da decisão proferida na ação trabalhista nº 1015/98, cujo trâmite se deu perante a 4ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP (processo nº 20020044210 do TRT da 2ª Região), desde a DIB em 20.02.1997, observada a prescrição das diferenças vencidas anteriormente a 22.06.2007. Os valores em atraso serão resolvidos em liquidação de sentença.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0011344-12.2012.4.03.6119 (2012.61.19.011344-6)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 123/127
Apelante: ELOISIO REIS DE OLIVEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 1934475
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA DE BENEFÍCIO E CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO, COM O CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR AO AFASTAMENTO.
I- Nos termos do art. 1.022 do CPC/15, os embargos de declaração têm por objetivo sanar eventual obscuridade, contradição, omissão ou erro material, sendo que o inc. I, de seu parágrafo único, dispõe ser omissa a decisão que "deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento."
II- Houve o julgamento superveniente da *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256*, no qual o C. Supremo Tribunal Federal, na plenitude de sua composição, firmou o entendimento de não ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, *in verbis*: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91".
III- O art. 927, inc. III, do CPC/15, dispõe que os tribunais devem observar os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, motivo pelo qual não há como possa ser deferido o pleito de "desaposentação".
IV - Embargos de declaração providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de *embargos* de declaração opostos pelo INSS em face do V. Acórdão que, à unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento ao agravo.

Alega o embargante, em breve síntese:

- a existência de vedação legal à utilização das contribuições posteriores à aposentadoria para a obtenção de novo benefício ou elevação daquele já auferido;

- as contribuições dos aposentados que retornam ou permanecem em atividade laborativa devem ser utilizadas apenas para o custeio do sistema e não para o recálculo de benefício já concedido, em razão do princípio da solidariedade;

- a opção feita pelo próprio segurado para perceber um benefício com renda menor, mas por mais tempo, não pode ser posteriormente desfeita, causando prejuízos à previdência social;

- o ato jurídico perfeito não pode ser alterado unilateralmente, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal;

- a violação ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, sob o fundamento de não se tratar de mera desaposentação, mas sim de revisão do percentual da aposentadoria proporcional e

- a violação aos arts. 194 e 195 da Constituição Federal.

Caso não sejam acolhidas as alegações acima mencionadas, requer a devolução dos proventos recebidos até a concessão do novo benefício.

Requer, ainda, o recebimento dos aclaratórios para fins de prequestionamento.

A parte autora se manifestou, nos termos do § 2º do art. 1.023 do Código de Processo Civil, sobre os embargos de declaração opostos pela autarquia.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Nos termos do art. 1.022 do CPC/15, os embargos de declaração têm por objetivo sanar eventual obscuridade, contradição, omissão ou erro material, sendo que o inc. I, de seu parágrafo único, dispõe ser omissa a decisão que "deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento."

Conforme constou do acórdão embargado, passei a adotar o posicionamento no sentido de ser possível a chamada *desaposentação* --- ressalvando, contudo, o meu entendimento em sentido contrário ---, tendo em vista os julgados do C. Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.334.488-SC) e da Terceira Seção desta E. Corte (Embargos Infringentes nº 0011300-58.2013.4.03.6183/SP).

No entanto, houve o julgamento superveniente da *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256*, no qual o C. Supremo Tribunal Federal, na plenitude de sua composição, firmou o entendimento de não ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribui-

ção posterior ao afastamento, *in verbis*: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91".

Outrossim, o art. 927, inc. III, do CPC/15, dispõe que os tribunais devem observar os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, motivo pelo qual não há como possa ser deferido o pleito de "desaposentação".

O beneficiário da assistência judiciária gratuita não deve ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, conforme a jurisprudência da Terceira Seção desta E. Corte.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de declaração, a fim de reformar o Acórdão embargado para dar provimento ao agravo do INSS, negando provimento à apelação da parte autora.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006412-90.2013.4.03.6136
(2013.61.36.006412-3)

Apelante: MARIA CRISTINA ANDRADE MIGUEL
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CATANDUVA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 1966753
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, INC. II, DO NOVO CPC. DECADÊNCIA DO DIREITO À REVISÃO DO BENEFÍCIO. NÃO OCORRÊNCIA. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE.
- As Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008 alteraram a sistemática dos recursos dirigidos às Cortes Superiores, introduzindo o pressuposto atinente à repercussão geral da matéria, além da disciplina para julgamento de recursos repetitivos.
- Essas alterações abrem a via extraordinária apenas para as causas com relevância econômica, política, social ou jurídica, afastando os julgamentos com interesses meramente individuais, cingidos aos limites subjetivos da causa.
- A nova sistemática obsta a inútil movimentação judiciária, para deslinde de feitos meramente repetitivos, ao possibilitar a extensão do julgamento de mérito a recursos fundamentados na mesma controvérsia.
- Os recursos pendentes de admissibilidade nos Tribunais inferiores devem retornar às Turmas julgadoras, para eventual retratação, nos termos dos arts. 543-B, §3º e 543-C, §7º, II, do CPC.
- Os RESP nº 1.309.529/PR e RESP nº 1.326.114/SC foram invocados como representativos da controvérsia
- A questão diz respeito ao termo inicial do prazo de decadência do direito à revisão do benefício.
- O prazo decadencial para a revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios.
- Para os benefícios concedidos *até 31/07/97*, o prazo decenal de decadência tem início em 01/08/1997 (1º dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação após a vigência da MP nº 1.523-9/1997, conforme orientação no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE, acórdão publicado em 23/09/2014, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria).
- Para os benefícios concedidos *a partir de 01/08/97*, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir "do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo", de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº 8.212/91.

- *In casu*, a questão em debate é o de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de professora, com a exclusão do fator previdenciário com concessão do benefício em 26.08.2003.
- Como a data de concessão foi em 26.08.2003 e a presente ação foi ajuizada em 31.07.2013, não há que se falar em decadência do direito à revisão pretendida.
- A questão em debate consiste na possibilidade de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, como professora, que percebe desde 26/08/2003, com a exclusão do fator previdenciário.
- É importante ressaltar que a aposentadoria por tempo de serviço, como professor, não se confunde com a aposentadoria especial, prevista no artigo 57, da Lei nº 8.213/91.
- A aposentadoria especial é devida, desde que cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.
- Por sua vez, a aposentadoria por tempo de serviço de professor disciplinada no artigo 202, inciso III, da Constituição Federal, em sua redação original, estabelece que é garantida a aposentadoria após 30 (trinta) anos, ao professor, e após 25 (vinte e cinco), à professora, por efetivo exercício de função de magistério.
- De se observar que, o Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a matéria dispôs, em seu artigo 59, que se entende como de efetivo exercício em funções de magistério: I) a atividade docente, a qualquer título, exercida pelo professor em estabelecimento de ensino de primeiro e segundo graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, autorizados ou reconhecidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; II - a atividade do professor desenvolvida nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber.
- A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe alterações para a aposentadoria dos professores, passando a ser tratada no artigo 201, §8º, da Constituição Federal, sendo, assim, é assegurada a aposentadoria para o professor desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.
- O art. 56, da Lei nº 8.213/91 possibilita ao professor(a), respectivamente após 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério a aposentadoria por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
- O benefício de aposentadoria de professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição que, de forma excepcional, exige um tempo de trabalho menor em relação a outras atividades.
- É importante ressaltar que, o pedido de exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício, não merece prosperar.
- A Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, *in verbis*:
- A respeito da legalidade do fator previdenciário, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2111/DF, onde foi requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores

Metalúrgicos - CNTM e requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, o seguinte:
- Não é possível afastar a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria, como pretende a parte autora.
- Embargos de declaração da parte autora provido para afastar a decadência do direito à revisão.
- Pedido improcedente.

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, em juízo de retratação, dar provimento aos embargos de declaração da parte autora para afastar a decadência do direito à revisão e julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Cuida-se de pedido de revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, percebida pela parte autora, com a exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício.

Na Sessão de Julgamento de 25/04/2016, esta E. Oitava Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo legal da parte autora, mantendo a r. decisão monocrática que negou provimento ao seu apelo, prevalecendo a sentença que indeferiu a inicial e pronunciou a decadência do direito à revisão do benefício, nos termos do artigo 269, IV, do antigo CPC/1973.

Dessa decisão, a parte autora interpôs Recurso Especial.

Em juízo de admissibilidade, a E. Vice-Presidência determinou o retorno dos autos a esta C. Turma, para o fim do artigo 543-C, §7º, do CPC, à vista do julgamento do RE 626.489/SE, mencionando ainda o julgamento do RESP nº 1.309.529/PR e RESP nº 1.326.114/SC, que também tratam do prazo decadencial.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): As Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008 alteraram a sistemática dos recursos dirigidos às Cortes Superiores, introduzindo o pressuposto atinente à repercussão geral da matéria, além da disciplina para julgamento de recursos repetitivos.

Essas alterações abrem a via extraordinária apenas para as causas com relevância econômica, política, social ou jurídica, afastando os julgamentos com interesses meramente individuais, cingidos aos limites subjetivos da causa.

Ao mesmo tempo, a nova sistemática obsta a inútil movimentação judiciária, para deslinde de feitos meramente repetitivos, ao possibilitar a extensão do julgamento de mérito a recursos fundamentados na mesma controvérsia.

Nessa última hipótese, os recursos pendentes de admissibilidade nos Tribunais inferiores devem retornar às Turmas julgadoras, para eventual retratação, nos termos dos arts. 543-B, §3º e 543-C, §7º, II, do CPC.

Na hipótese dos autos, foram invocados os RESP nº 1.309.529/PR e RESP nº 1.326.114/SC, como representativos da controvérsia.

A questão diz respeito ao termo inicial do prazo de decadência do direito à revisão do benefício.

In casu, analisando a decisão recorrida, verifico ser caso de retratação, nos termos que seguem:

O prazo decadencial para a revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios e dispôs o seguinte:

> Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

A questão que se coloca é a do *momento* de incidência do prazo decadencial relativamente aos benefícios concedidos antes de sua instituição, já que para aqueles concedidos *após* a edição da MP nº 1.523-9/97, não há dúvidas de que se aplica a novel legislação.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pacificou seu entendimento no sentido de que para esses benefícios concedidos anteriormente à edição da MP nº 1.523-9/97, computa-se o prazo decadencial a partir da vigência da referida MP (28.06.97), conforme se verifica do seguinte julgado:

> PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.
> 1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo".
> 2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min.

Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06).
3. Recurso especial provido.
(REsp 1303988, Rel. Min. Teori Teori Albino Zavascki, DJE de 21.03.2012)

Assim, para os benefícios concedidos *até 31/07/97*, o prazo decenal de decadência tem início em *01/08/1997* (1º dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação após a vigência da MP nº 1.523-9/1997, conforme orientação no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE, acórdão publicado em 23/09/2014, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria).

Para os benefícios concedidos *a partir de 01/08/97*, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir "do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo", de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº 8.212/91.

Portanto, *in casu*, a questão em debate é o de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de professora, com a exclusão do fator previdenciário com concessão do benefício em 26.08.2003, conforme se extrai da carta de concessão juntada a fls. 35.

Para os benefícios concedidos *a partir de 01/08/97*, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir "do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo", de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº 8.212/91.

Em suma, como a data de concessão foi em 26.08.2003 (fls. 35) e a presente ação foi ajuizada em 31.07.2013, não há que se falar em decadência do direito à revisão pretendida.

Pelas razões expostas, com fulcro no art. 1.040, inc. II, do novo CPC, em sede de juízo de retratação, dou provimento aos embargos de declaração da parte autora para afastar a decadência do direito à revisão e, nos termos do artigo 1.013, § 4º, do CPC, decidir o mérito da questão nos seguintes termos:

A questão em debate consiste na possibilidade de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, como professora, que percebe desde 26/08/2003, com a exclusão do fator previdenciário.

Inicialmente, é importante ressaltar que a aposentadoria por tempo de serviço, como professor, não se confunde com a aposentadoria especial, prevista no artigo 57, da Lei nº 8.213/91.

A aposentadoria especial é devida, desde que cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Por sua vez, a aposentadoria por tempo de serviço de professor disciplinada no artigo 202, inciso III, da Constituição Federal, em sua redação original, estabelece que é garantida a aposentadoria após 30 (trinta) anos, ao professor, e após 25 (vinte e cinco), à professora, por efetivo exercício de função de magistério.

De se observar que, o Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a matéria dispôs, em seu artigo 59, que se entende como de efetivo exercício em funções de magistério: I) a atividade docente, a qualquer título, exercida pelo professor em estabelecimento de ensino de primeiro e segundo graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, auto-

rizados ou reconhecidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; II - a atividade do professor desenvolvida nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber.

A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe alterações para a aposentadoria dos professores, passando a ser tratada no artigo 201, §8º, da Constituição Federal, sendo, assim, é assegurada a aposentadoria para o professor desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.

O art. 56, da Lei nº 8.213/91 possibilita ao professor(a), respectivamente após 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério a aposentadoria por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Assim, tem-se que, o benefício de aposentadoria de professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição que, de forma excepcional, exige um tempo de trabalho menor em relação a outras atividades.

Neste sentido, destaco:

> PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. DESCONFIGURADO O CARÁTER ESPECIAL DO BENEFÍCIO. MAGISTÉRIO EDUCAÇÃO INFANTIL E NO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO. CÁLCULO DA RMI. FATOR PREVIDENCIÁRIO. APLICABILIDADE. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA ("PER RELATIONEM"). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.
> 1. Trata-se de apelação cível de sentença que julgou improcedente o pedido formulado pela parte autora de revisão de sua aposentadoria, de professor do ensino fundamental, de modo a considerá-la como benefício de natureza especial, afastando do seu cálculo a aplicação do fator previdenciário.
> 2. A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada ("per relationem") não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Desta feita, observada a harmonia da sentença com o entendimento deste colegiado, tomam-se por empréstimo suas razões de decidir.
> 3. (...) Ocorre que hoje, na Lei nº 8.213/91, sob cuja égide foi concedido o benefício em apreço, os artigos 52 e 56 tratam da aposentadoria por tempo de serviço. Dentre eles, o artigo 56, na subseção que trata da aposentadoria por tempo de serviço, há regras quanto ao tempo de serviço para a concessão da aposentadoria ao professor - 30 anos para o professor homem, e 25 anos para a professora mulher, sempre de tempo de efetivo exercício do magistério -. Já a aposentadoria especial está disciplinada nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91." 4. "Consoante o disposto no artigo 56 da Lei 8.213/91 e no § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, a atividade de professor deixou de ser considerada especial para ser contemplada com regra excepcional, em que se exige um tempo de serviço menor em relação a outras atividades, desde que se comprove o trabalho efetivo nessa condição." 5. "Decerto, a atividade de professor era tratada como especial antes da Emenda Constitucional nº 18/81, nos termos do Dec. 53.831/64. É que com a Emenda Constitucional nº 18/81 os critérios para a aposentadoria especial dos professores restaram fixados pela Constituição Federal, estando revogadas as disposições do Decreto 53.831/64. Dessa forma, apenas ao trabalho realizado no período pretérito à EC 18/81 aplica-se o Decreto nº 53.831/64, que previa a atividade profissional de magistério (professo-

res) como penosa (item 2.1.4 do Anexo).” 6.”Na vigência da Emenda Constitucional nº 18/81 e nas alterações constitucionais posteriores, a atividade de professor possui tempo diferenciado de aposentadoria, que não se confunde mais, porém, com a atividade especial/insalubre. Veio a Constituição Federal a prever diferente tempo para a aposentadoria de professor (30/25 anos), que deverá ser integralmente nessa condição prestado.” 7. “Por outro lado, o fator previdenciário foi introduzido pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que deu nova redação ao artigo 29, da Lei 8.213/91, consistindo em coeficiente a ser aplicado para apuração do salário de benefício e, conseqüentemente, da renda mensal inicial dos benefícios de aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição.” 8. “No caso concreto, consoante a Carta de Concessão/Memória de Cálculo do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, observa-se que a aposentadoria da autora foi concedida em 18/08/2008, portanto na vigência da Lei nº 9.876/99, que estabelece o cálculo do benefício com utilização da média dos 80% dos maiores salários-de-contribuição, contidas no período compreendido entre julho/94 a maio/2001, e com a aplicação do fator previdenciário.” 9. Descaracterizada a atividade de professor como especial, não há como afastar a aplicação do fator previdenciário do cálculo da RMI da aposentadoria desta categoria, cuja atividade é considerada comum. Na verdade, ficou assegurado aos professores o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, com a redução do tempo de serviço, apenas àqueles que comprovarem o exclusivo exercício do magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Precedente do STJ: (AgRg no AREsp 477.607/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014). Apelação improvida.
(TRF 5ª Região, AC 08016965520134058100, Primeira Turma, data da decisão: 25/09/2014, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena).

É importante ressaltar que, o pedido de exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício, não merece prosperar.

A Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, *in verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:
I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;
(...)
§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante no Anexo desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26/11/1999)
§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Acrescentado pela Lei nº 9.876/99)
§ 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: (Acrescentado pela Lei nº 9.876/99)
I - 5 (cinco) anos, quando se tratar de mulher;
II - 5 (cinco) anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;
III - 10 (dez) anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente o exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A respeito da legalidade do fator previdenciário, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2111/DF, onde foi requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos - CNTM e requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, o seguinte:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.
> 1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3o da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.
> 2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1o e 7o, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo art. 201.
> 3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.
> 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.
> 5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar.
(STF - ADI-MC 2111 - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - julgamento em 16.03.2000 - rel. Min. Sydney Sanches)

Não é diverso o entendimento adotado por esta E. Corte, conforme julgados que destaco:

PREVIDENCIARIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA .
I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.
II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.
III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.
IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência .
V - Apelação da parte autora improvida.
(TRF - 3ª Região - AC 200961030000328 - AC - Apelação Cível - 1426209 - Décima Turma - DJF3 CJ1 data:13/04/2010, pág.: 1617 - rel. Juiz Sérgio Nascimento)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO
- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.
- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99

no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo *caput* do artigo 201 da CF/88.
- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.
- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).
-Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- Agravo legal desprovido.
(TRF - 3ª Região - AC 200961830073600 - AC - Apelação Cível - 1476282 - Sétima Turma - DJF3 CJ1 data:17/03/2010, pág.: 600 - rel. Juíza Eva Regina).

Portanto, não é possível afastar a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria, como pretende a parte autora.

Pelas razões expostas, nos termos do art. 543-C, §7º, II, do antigo CPC, com previsão no art. 1.040, II, do novo CPC, em sede de juízo de retratação, dou provimento aos embargos de declaração da parte autora para afastar a decadência do direito à revisão e, nos termos do artigo 1.013, § 4º, do CPC, julgar improcedente o pedido, nos termos da fundamentação em epígrafe.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001923-03.2014.4.03.6127
(2014.61.27.001923-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VITO JOSE ANTONIO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: AC 2196919
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE 25% AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE AUXÍLIO DE TERCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
- Inicialmente, no que pertine à preliminar de necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, deve ser rejeitada. O regramento jurídico do Código de Processo Civil possibilita a imediata execução da tutela antecipada, prestigiando a efetividade processual, como se depreende da leitura do art. 1012, §1º, inciso V, segundo o qual a sentença que autorizar a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser executada provisoriamente.
- O artigo 45 da Lei 8.213/91, garante um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado, titular de benefício de aposentadoria por invalidez, que necessitar da assistência permanente de outra pessoa.
- Prova pericial realizada. Preenchidos os requisitos do Anexo I do Decreto 3048/99 e do art. 45 da Lei 8.213/91, cabível o acréscimo pleiteado.
- A correção monetária e juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.
- Preliminar rejeitada. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo do INSS,* nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de ação previdenciária com vistas à concessão do adicional de 25% (vinte e cin-

co por cento) previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91.

Concedidos os benefícios da justiça gratuita (fl. 18).

Perícia judicial (fls. 37-39 e 54).

A sentença julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder o adicional de 25% sobre o valor de aposentadoria por invalidez, desde a data da juntada do laudo pericial, com correção monetária e juros de mora e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação até a data da sentença. Tutela antecipada deferida. Dispensada a remessa oficial (fls. 78-80).

Apelação do INSS. Preliminarmente, requer o recebimento do recurso em seu efeito suspensivo. Em suas razões de recurso, o INSS alega que a parte não comprovou a necessidade de auxílio de terceiros. Subsidiariamente, pugna pela modificação dos critérios de fixação da correção monetária e dos juros de mora, assim como se insurge ante a fixação de multa em seu desfavor (fls. 72-80).

Com contrarrazões (fls. 85-87), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Da preliminar

Inicialmente, no que pertine à preliminar de necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, deve ser rejeitada. O regramento jurídico do Código de Processo Civil possibilita a imediata execução da tutela antecipada, prestigiando a efetividade processual, como se depreende da leitura do art. 1012, §1º, inciso V, segundo o qual a sentença que autorizar a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser executada provisoriamente.

Do mérito

A Constituição Federal assegura a cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada (art. 201, I, da CF).

A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

Além disso, o art. 45, da Lei 8.213/91, garante um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa.

A pretensão posta na peça proemial depende, basicamente, de cabal demonstração, através de instrução probatória, a qual foi regularmente realizada.

O laudo médico, elaborado em 20/12/14 (fls. 36-39 e 54), atestou que a autora, titular do benefício de aposentadoria por invalidez desde 1994, com agravamento após amputação de MID na altura de terço proximal de coxa (sendo o coto preservado). O coto apresenta úlcera, o que dificulta a adaptação de prótese, sendo necessário, a ajuda constante de terceiros, apesar de não estar restrito à permanência no leito.

Assim, preenchidos os requisitos do Anexo I do Decreto 3048/99 e do art. 45 da Lei

8.213/91, a parte autora faz *jus* ao acréscimo pleiteado.

Nesse sentido o posicionamento deste E Tribunal:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIROS. - Devido o acréscimo de 25% no salário-de-benefício, previsto no *artigo 45* da Lei nº 8.213/91, ao beneficiário de aposentadoria por invalidez que comprove a necessidade de assistência permanente de terceiros para a sua sobrevivência. - O termo inicial do pagamento do valor com adicional é a data do requerimento administrativo (17.01.2005), porquanto comprovado o direito do autor desde então. (...)- Apelação do autor a que se dá parcial provimento para condenar o INSS ao pagamento do acréscimo de 25% sobre o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez do autor desde a data do requerimento administrativo e fixar os juros de mora, conforme exposto. Remessa oficial desprovida. De ofício, concedida a tutela específica, nos termos acima preconizados. (TRF3, AC nº 1172791, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., DJU: 18.07.07, pág. 449).

> PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ADICIONAL PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. AGRAVO DO ART. 557, §1º DO CPC. IMPROVIMENTO. I - Restando comprovado que o autor depende da assistência permanente de terceiros devido à natureza de sua moléstia, conforme conclusões da perícia médica, deve ser concedido o acréscimo de 25% sobre o benefício, nos termos do art. 45 da Lei 8.213/91, não havendo que se falar em julgado ultra-petita. II - Agravo do INSS improvido. (TRF3, AC nº 1370292, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, DJF3, 08.07.09, pág. 1473)

A correção monetária e juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.

Por fim, entendo que a questão da possibilidade de fixação de multa em desfavor da autarquia restou prejudicada, haja vista o cumprimento da determinação judicial.

Isso posto, *rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação da autarquia,* para fixar a correção monetária e os juros de mora, na forma acima explicitada.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0026087-56.2014.4.03.9999
(2014.03.99.026087-0)

Apelante: DARCI PECANHA ANTUNES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE ITAPETININGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1995429
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. SEGURADA ESPECIAL RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. DESCARACTERIZADO. APOSENTADORIA POR IDADE. § 3º, DO ART. 48, DA LEI Nº 8.213/91.
1. O Art. 11, § 1º, da Lei nº 8.213/91 dispõe que "entende-se como regime de economia familiar, a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados".
2. O e. STJ firmou entendimento de que, para a caracterização do segurado especial em regime de economia familiar, exige-se que o trabalho, indispensável à própria subsistência, seja exercido em condições de mútua dependência e colaboração e que o beneficiário não disponha de qualquer outra fonte de rendimento, seja em decorrência do exercício de outra atividade remunerada ou aposentadoria sob qualquer regime.
3. A Lei nº 11.718/2008, ao alterar o Art. 48, da Lei 8.213/91, possibilitou ao segurado o direito à aposentadoria por idade, mediante a soma dos lapsos temporais de trabalho rural com o urbano.
4. Ocorrendo a descaracterização da condição de trabalhador rural, é de se aplicar a regra do § 3º, do Art. 48, da Lei nº 8.213/91.
5. A concessão do benefício de aposentadoria por idade, ao invés de aposentadoria por tempo de serviço, não configura julgamento *ultra* ou *extra petita*, vez 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 nominação.
6. Tendo a autora completado 60 anos e cumprido a carência com a soma do tempo de serviço rural reconhecido e das contribuições vertidas ao RGPS, faz jus ao benefício de aposentadoria por idade, a partir da data do requerimento administrativo (Precedentes do e. STJ: Pet 7.476/PR e AgRg no REsp 1309591/SP).
7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.
8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

9. Tendo a autoria decaído de parte do pedido é de se aplicar a regra contida no Art. 86, do CPC.
10. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de apelação em ação de conhecimento em que se pleiteia o reconhecimento do trabalho rural de 28/09/68 a 13/03/05 e de 14/08/10 a 29/01/14, bem como a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido condenando a autora em custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$300,00, nos termos da Lei 1.060/50, abrindo vista dos autos ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Apela a autora, pleiteando a reforma da r. sentença.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Para a obtenção da aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.

Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria - proporcional ou integral - ficam sujeitos às normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisi-

tos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima (48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.

A par do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do Art. 25, II, da Lei 8213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu Art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 exigidos pela regra permanente do citado Art. 25, II.

Em relação à atividade rural, para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, o Art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, regulamentado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, em seu Art. 60, inciso X, permite o reconhecimento, exceto para efeito de carência, como tempo de contribuição, independente do recolhimento das contribuições previdenciárias, apenas do período de serviço sem registro exercido pelo segurado rurícola, anterior a novembro de 1991:

> Lei nº 8.213/91:
> Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:
> ...
> § 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.
>
> Decreto nº 3.048/99:
> Art. 60. Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição, entre outros:
> ...
> X - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural anterior à competência novembro de 1991;...

A comprovação do tempo de serviço campesino, nos termos do § 3º, do Art. 55, da Lei 8.213/91, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, ou vice versa, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

O Art. 11, § 1º, da Lei nº 8.213/91 dispõe que "entende-se como regime de economia familiar, a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados".

A orientação do c. Superior Tribunal de Justiça direciona no sentido de que, para ter direito à aposentadoria rural no regime de economia familiar, o segurado deve exercer um único trabalho, de cultivo da terra em que mora na zona rural, juntamente com o seu cônjuge e/ou com os seus filhos, produzindo para o sustento da família:

> AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL INSUFICIENTE. ANOTAÇÕES NA CARTEIRA DE

TRABALHO. INAPLICABILIDADE DO CRITÉRIO PRO MISERO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE SEGURADO ESPECIAL. EMPREGADO RURAL. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.
1. ... "omissis".
2. O regime de economia familiar que dá direito ao segurado especial de se aposentar, independentemente do recolhimento de contribuições, é a atividade desempenhada em família, com o trabalho indispensável de seus membros para a sua subsistência. O segurado especial, para ter direito a essa aposentadoria, deve exercer um único trabalho, de cultivo da terra em que mora, juntamente com o seu cônjuge e/ou com os seus filhos, produzindo para o sustento da família. (g.n.)
3. Enquadramento da autora no conceito dado pelo Estatuto do Trabalhador Rural - Lei 5.889/73 -, regulamentado pelo Decreto 73.626/74, segundo o qual trabalhador rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.
4. Pedido de rescisão improcedente.
(AR.959/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2010, DJe 02/08/2010).

Para comprovar o exercício da alegada atividade rural, a autora colacionou aos autos cópia da certidão de seu casamento com José Vieira Antunes, celebrado em 28.09.1968, na qual seu marido está qualificado como lavrador (fls. 14); cópia de registro de matrícula de imóvel rural de nº 15.059, datado de 11.06.1981, de propriedade do casal, em que consta a qualificação de ambos como lavradores (fls. 18/21); cópia de declaração cadastral-produtor, em nome de seu marido, dos anos de 1986 e 1989 (fls. 22/25); cópia de registro de matrícula de imóvel rural de nº 66.991, no qual constam a autora e seu marido, qualificado como pecuarista, como adquirentes em 10.11.2004 (fls. 26/27).

Entretanto, a prova oral produzida em Juízo, não se mostra idônea a corroborar todo o período de trabalho rural pleiteado, eis que as testemunhas inquiridas afirmaram conhecer a autora há 40 anos, sempre exercendo trabalhos rurais, sendo a "produção destina ao consumo da família, vendendo-se o que sobrava" (fls. 86/89). Porém, na contramão dos depoimentos, constata-se nas notas fiscais de produtor juntadas às fls. 32/33, que em 02/03/11, o casal vendeu 50 unidades de bovinos para recria e engorda, ao valor total de R$50.000,00 e em 19/07/11, vendeu mais 12 cabeças, ao valor total de R$13.200,00.

Ainda, de acordo com os dados constantes dos extratos do CNIS (fls. 67 e 65), o marido da autora migrou para as atividades urbanas em janeiro de 1985, vertendo contribuições como autônomo - condutor de veículos, assim como a autora o fez em 14.03.2005, restando descaracterizada a sua condição de segurada especial rural.

Dessarte, comprovado que se acha, portanto, é de ser reconhecido e averbado no cadastro da autora, independente do recolhimento das contribuições - exceto para fins de carência, e, tão só, para fins de aposentação pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, o trabalho rural da autora, em regime de economia familiar, no período de 28.09.1968 a 31.12.1984.

A autora manteve vínculos empregatícios formais nos períodos de 14.03.2005 a 06.10.2008 e de 02.01.2009 a 13.08.2010, perfazendo 05 anos, 02 meses e 05 dias, não cumprindo a carência exigida.

Por outro lado, a autora completou 60 anos de idade em 29.04.2012 e, de acordo com o que dispõe o § 3º, do Art. 48, da Lei nº 8.213/91, faz jus ao benefício de aposentadoria por idade, pois somados o tempo de trabalho rural e o tempo de serviço urbano, perfaz a autora a carência exigida, que é de 180 meses:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
...
§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2o deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

Confiram-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ARTS. 26, I, 39, I, E 143, TODOS DA LEI Nº 8.213/1991. DISSOCIAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 10.666/2003 DIRIGIDA AOS TRABALHADORES URBANOS. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO.
1. A Lei nº 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inc. I do art. 202 da redação original de nossa Carta Política, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (art. 48, § 1º).
2. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola (arts. 26, I e 39, I).
3. Se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito.
4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.
5. Não se mostra possível conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição.
6. Incidente de uniformização desprovido.
(Pet 7.476/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 25/04/2011);

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO LABOR RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA. IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. BENEFÍCIO DEVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.
1. A Lei 8.213/91 dispõe em seu art. 143 que será devida a aposentadoria por idade ao Trabalhador Rural que completar 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses idêntico ao período de carência.
2. Além disso, se a aposentadoria rural por idade seria concedida independentemente do pagamento de contribuições, com maior razão deve-se garantir também a concessão do benefício ao segurado que recolheu contribuições previdenciárias para a Seguridade Social como traba-

lhador urbano em pequenos períodos, sem, no entanto, cumprir a carência para a concessão da aposentadoria urbana, uma vez que essa situação não acarreta qualquer prejuízo ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário e, pelo contrário, até o favorece.
3. Agravo Regimental do INSS desprovido.
(AgRg no REsp 1309591/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 29/06/2012) e

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA URBANA. SEGURADA INSCRITA NO RGPS ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 8.213/91. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ART. 142 DA LEI DE BENEFÍCIOS. CARÊNCIA MÍNIMA CUMPRIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
1. Para a concessão da aposentadoria por idade, de acordo com o artigo 48 da Lei 8.213/91, o segurado urbano deve preencher dois requisitos: a) idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, se homem e 60 (sessenta) anos, se mulher; b) cumprimento da carência mínima exigida por lei.
2. Aplica-se aos segurados urbanos inscritos no RGPS antes de 24 de julho de 1991, data da publicação da Lei 8.213, a regra de transição prevista no artigo 142 da citada Lei.
3. De acordo com a regra de transição do artigo 142 da Lei 8.213/91, o segurado que, no ano de 2001, implementar todas as condições necessárias à obtenção do benefício precisará comprovar 120 (cento e vinte) meses de contribuição.
4. A agravada se filiou ao RGPS em 1986 e em 2001, quando completou 60 (sessenta) anos de idade, apresentava carência de 121 (cento e vinte e um) meses de contribuição.
5. Tendo a agravada contribuído por período superior ao exigido pela Lei 8.213/91, possui direito à concessão do benefício de aposentadoria por idade.
6. Agravo Regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp 699.452/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 25/02/2013).

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação (06.03.2014 - fls. 40), quando o réu teve ciência da pretensão da autora.

Por oportuno, para prevenir eventual alegação, consigno que a concessão do benefício de aposentadoria por idade, ao invés de aposentadoria por tempo de serviço, não configura julgamento *ultra* ou *extra petita*, vez 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 nominação.

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 beneficio 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).

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXTRA PETITA. FLEXIBILIZAÇÃO DO PEDIDO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO REQUERIDO NA PETIÇÃO INICIAL.
1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitu-

de fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal.
2. É firme o posicionamento do STJ de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não se entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial.
Precedentes: REsp 1499784/RS, minha relatoria, Segunda Turma, DJe 11/2/2015, AgRg no REsp 1247847/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/06/2015, AgRg no REsp 1.367.825/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/4/2013 e AgRg no REsp 861.680/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/11/2008.
3. Recurso Especial provido.
(REsp 1568353/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016);

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO. DECISÃO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. APOSENTADORIA POR IDADE. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. PRECEDENTES.
1. Em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. Precedentes.
2. O Tribunal *a quo* reformou a sentença que havia concedido à autora o benefício de aposentadoria por invalidez. Considerando a perda dessa qualidade e a implementação de outros requisitos, lhe foi deferida a aposentadoria por idade, nos termos da Lei nº 10.666/03, a contar de 24.07.2008.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no AREsp 574.838/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014);

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.
2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.
3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.
4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e não provido.
(REsp 1367479/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 10/09/2014).

Destarte, é de se reformar a r. sentença, devendo o réu conceder à autora o benefício de aposentadoria por idade a partir de 01.02.2014, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

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.

Tendo a autoria decaído de parte do pedido é de se aplicar a regra contida no Art. 86, do CPC. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93, e a parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para, mantida a improcedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, reconhecer o trabalho rural da autora, em regime de economia familiar, no período explicitado neste voto e o seu direito à percepção do benefício de aposentadoria por idade.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0018230-46.2015.4.03.0000
(2015.03.00.018230-9)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: ARI VIEIRA DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe do Processo: AR 10638
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V E IX, DO CPC DE 1973 (ART. 966, V E IX, DO CPC DE 2015). APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. ERRO NA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LEI CARACTERIZADOS. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREENCHIDOS NO CURSO DA AÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Pretende o INSS a desconstituição da r. decisão que julgou procedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ao argumento de que foi considerado erroneamente que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando na realidade possuía 33 (trinta e três) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias em 01/09/2008, ocasião em que ainda não havia completado a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998. Além de violação de lei, infere-se da inicial, ainda que de forma implícita, que o INSS fundamenta sua pretensão no artigo 485, IX (erro de fato), do CPC de 1973 (art. 966, VIII, do CPC de 2015), ao alegar que o tempo de serviço do ora réu foi computado de forma errônea.

2. Da análise do r. julgado rescindendo, verifica-se que este considerou que o ora réu havia completado 35 anos de serviço, porque somou os períodos considerados especiais (24/06/1975 a 28/02/1976 e 08/03/1982 a 05/03/1997) com aqueles considerados comuns, constantes de sua CTPS até 01/09/2008 (01/05/1976 a 20/10/1977, 01/12/1977 a 31/01/1978, 01/08/1978 a 30/08/1978, 06/03/1997 a 06/11/2000, 02/05/2001 a 12/12/2001, 02/05/2002 a 08/11/2002, 09/01/2003 a 28/12/2004, 02/05/2005 a 27/10/2005, 20/01/2006 a 12/01/2008 e 21/01/2008 a 01/09/2008). Ocorre que o r. julgado rescindendo acabou por computar em duplicidade o período de 01/05/1976 a 20/10/1977, ocasionando um erro na soma do tempo de serviço do ora réu. Além disso, deixou de computar alguns períodos registrados em CTPS, quais sejam, 01/04/1979 a 31/05/1979, 01/07/1980 a 15/12/1980, 05/01/1981 a 05/04/1981 e 01/08/1981 a 30/09/1981.

3. Com a exclusão do período computado em duplicidade (01/05/1976 a 20/10/1977), e com a inclusão dos períodos de 01/04/1979 a 31/05/1979, de 01/07/1980 a 15/12/1980, de 05/01/1981 a 05/04/1981 e de 01/08/1981 a 30/09/1981, verifica-se que o ora réu possuía 34 anos, 06 meses e 27 dias. Logo, constata-se que o ora réu não possuía tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço na forma integral em 01/09/2008. Da mesma forma, tendo em vista que o ora réu nasceu em 01/11/1961, também não possuía a idade mínima exigida pelo artigo 9º da

EC nº 20/1998 para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço na data em que foi concedido o benefício pela r. decisão rescindenda (01/09/2008).
4. Forçoso concluir que o r. julgado incorreu em erro de fato, ao considerar que o autor possuía tempo de serviço superior ao realmente existente.
5. Da mesma forma, a r. decisão rescindenda incorreu em violação aos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 e ao artigo 9º da EC nº 20/1998, ao conceder a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a quem ainda não havia implementados todos os requisitos legalmente exigidos.
6. Da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que o ora réu continuou trabalhando após o ajuizamento da ação originária. Dessa forma, com o cômputo dos períodos posteriores ao ajuizamento da ação originária, conclui-se que o ora réu completou 35 anos de serviço/contribuição em 17/02/2009, os quais perfazem o tempo de serviço exigível nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/1991, para a percepção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral.
7. Por conseguinte, cabe reconhecer o direito do autor à aposentadoria por tempo de contribuição na forma integral, a partir de 18/02/2009, dia seguinte ao implemento dos requisitos necessários à concessão do benefício, com renda mensal inicial correspondente a 100% do salário-de-benefício, a ser calculado na forma do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.
8. Cumpre observar que os valores eventualmente já pagos pelo INSS a título de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição concedida pelo r. julgado rescindendo, devem ser deduzidos de eventual valor a pagar a título do benefício concedido nesta rescisória, para evitar o enriquecimento sem causa do réu (Lei nº 8.213/91, art. 124, inciso II).
9. No tocante às parcelas vencidas e não pagas pelo INSS, devem ser corrigidas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.
10. Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, 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.
11. Em face da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com os honorários de seus respectivos patronos.
12. Ação Rescisória parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir a r. decisão proferida nos autos do processo nº 2006.03.99.036094-5 e, em novo julgamento, julgar parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para condenar o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em favor do ora réu a partir de 18/02/2009*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada em 10/08/2015 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no artigo 485, inciso V (violação à literal disposição de lei), do CPC de 1973, correspondente ao artigo 966, V, do CPC de 2015, em face de Ari Vieira da Silva, objetivando rescindir a r. decisão terminativa proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Souza Ribeiro (fls. 155/156), nos autos do processo nº 2006.03.99.036094-5, que deu parcial provimento à apelação da parte autora (ora réu), para reconhecer o exercício de atividade especial nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e de 08/03/1982 a 05/03/1997, concedendo-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral a partir de 01/09/2008.

O INSS alega, em síntese, que o julgado rescindendo, ao calcular o tempo de serviço do autor (ora réu), considerou erroneamente que ele havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando na realidade possuía 33 (trinta e três) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias em 01/09/2008, ocasião em que ainda não havia completado a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998. Desse modo, sustenta a Autarquia que o r. julgado rescindendo deve ser desconstituído, a fim de que seja julgado improcedente o pedido de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Requer ainda a antecipação dos efeitos da tutela, para que o pagamento benefício seja cessado, bem como para que seja suspensa a execução do julgado rescindendo até o julgamento do presente feito. Por fim, pleiteia a isenção do depósito previsto no artigo 488, inciso II, do CPC de 1973.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 07/173.

Por meio de decisão de fls. 175/175vº, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação da tutela, tão-somente para determinar a suspensão da execução do r. julgado rescindendo.

Regularmente citada, a parte ré apresentou contestação (fls. 210/227), alegando que preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Aduz também que, ainda que se considere ter havido erro no cálculo no seu tempo de serviço, possuía tempo suficiente para a obtenção da aposentadoria quando da prolação da decisão rescindenda, visto que não foram computados períodos com registros em CTPS, quais sejam, 01/04/1979 a 31/05/1979, 01/07/1980 a 15/12/1980, 05/01/1981 a 05/04/1981 e 01/08/1981 a 30/09/1981, havendo necessidade tão-somente de correção de erro material e modificação no termo inicial do benefício. Por esta razão, requer seja julgado improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória. Requer ainda a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O INSS apresentou réplica às fls. 230/230vº.

Não havendo necessidade de dilação probatória, o INSS apresentou suas razões finais às fls. 232/232vº, ao passo que o réu manifestou-se às fls. 244/251.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, a douta Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 234/242, manifestou-se pela procedência da presente ação rescisória, com base no artigo 485, IX, do CPC de 1973 e, em juízo rescisório, pela concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, mas com modificação quanto ao termo inicial.

É o Relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Inicialmente, diante da declaração de fls. 219, defiro os benefícios da justiça gratuita à parte ré.

Cumpre observar que a r. decisão rescindenda transitou em julgado em 18/02/2015, conforme certidão de fls. 160.

Por consequência, tendo a presente demanda sido ajuizada em 10/08/2015, conclui-se que não foi ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 495 do CPC de 1973.

Pretende o INSS a desconstituição da r. decisão que julgou procedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ao argumento de que foi considerado erroneamente que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando na realidade possuía 33 (trinta e três) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias em 01/09/2008, ocasião em que ainda não havia completado a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998.

Respeitante à alegada violação literal de disposição de lei, estabelece o art. 485, V, do CPC de 1973 (art. 966, V, do CPC de 2015):

> Art. 485. A sentença de mérito transitada em julgado, pode ser rescindida:
> (...)
> V - violar literal disposição de lei.

Consoante comentário ao referido dispositivo legal, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, o qual traz lição de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira: "Lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc".

Desta feita, a norma ofendida não precisa necessariamente ser veiculada por lei, para admissão do litígio rescisório.

Todavia, para a viabilidade da ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, é forçoso que a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência no E. Superior Tribunal de Justiça, como anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição atualizada, 2009 (Nota 20: art, 485, inc. V, do CPC).

Além de violação de lei, infere-se da inicial, ainda que de forma implícita, que o INSS fundamenta sua pretensão no artigo 485, IX (erro de fato), do CPC de 1973 (art. 966, VIII, do CPC de 2015), ao alegar que o tempo de serviço do ora réu foi computado de forma errônea.

No tocante ao erro de fato, preconiza o art. 485, IX e §§ 1º e 2º, do CPC de 1973, *in verbis*:

> A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)

> IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.
> § 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.

Destarte, para a legitimação da ação rescisória, a lei exige que o erro de fato resulte de atos ou de documentos da causa. A decisão deverá reconhecer fato inexistente ou desconsiderar fato efetivamente ocorrido, sendo que sobre ele não poderá haver controvérsia ou pronunciamento judicial. Ademais, deverá ser aferível pelo exame das provas constantes dos autos da ação subjacente, não podendo ser produzidas novas provas, em sede da ação rescisória, para demonstrá-lo.

Nessa linha de exegese, para a rescisão do julgado por erro de fato, é forçoso que esse erro tenha influenciado no decisum rescindendo.

Confira-se nota ao art. 485, IX, do CPC de 1973, da lavra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante (Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, p. 783), com base em julgado do Exmo. Ministro Sydney Sanches (RT 501/125):

> Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que seja entre aquela a este um nexo de causalidade.

Seguem, ainda, os doutrinadores:

> Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

Outro não é o entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça. Destaco o aresto:

> RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. PRAZO. ERRO DE FATO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. FATO CONTROVERSO.
> I - A interposição de recurso intempestivo, em regra, não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, salvo a ocorrência de situações excepcionais, como por exemplo, o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória. Precedentes.
> II - O erro de fato a justificar a ação rescisória, nos termos do artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, é aquele relacionado a fato que, na formação da decisão, não foi objeto de controvérsia nem pronunciamento judicial.
> III - Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo. Recurso especial provido. (REsp 784166/SP, Processo 2005/0158427-3, Rel. Min. CASTRO FILHO, Terceira Turma, j. 13/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 259)

O ora réu ajuizou a demanda originária, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, mediante o reconhecimento do tempo de serviço especial.

A r. sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Botucatu-SP julgou improcedente o pedido (fls. 103/113).

Contra a r. sentença, o ora réu interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido por meio de decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Souza Ribeiro nos seguintes termos (fls. 136/140):

> (...)
> CASO CONCRETO
> - período de 24/06/1975 a 28/02/1976 em que o autor trabalhou como rurícola, em empresa agropecuária- Cia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos. Informa o formulário de fl.17 que o autor desenvolvia "suas atividades em diversas frentes de trabalho nas lavouras de cana de açúcar, executando plantio, carpa, queima e corte de cana, exterminando formigas, radicando capins, recolhendo bitucas, engatando e desengatando carretas, conservando estrada, pontes, cercas, etc", de forma habitual e permanente.
> - períodos de 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000 em que o autor trabalhou como motorista na empresa agropecuária- Cia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos. Informa o formulário de fl.18 e o laudo técnico de fls. 19/21, que exercia o transporte de cana de açúcar das diversas lavouras para o setor industrial em caminhões pesados das marcas Scania e Mercedes Benz, e exposição a ruído de 84,7 dB (períodos de 03/03/1982 a 14/06/1984 e a partir de 01/01/1995) e de 92,7 dB (período de 15/06/1984 a 31/12/1994).
> No tocante ao período de 24/06/1975 a 28/02/1976 laborado como cortador de cana passo a tecer as seguintes considerações.
> A intenção legislativa do item 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64 era contemplar o trabalho rural que pela norma então vigente era considerado como exercido em condições especiais, com tal, aquele que estava sujeito à proteção da CLT, art. 7º, "b", quais sejam:
> "trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais;"
> O amparo era concedido, portanto, a condições de trabalho em agricultura ou pecuária, cuja intensidade ensejou a proteção social da CLT.
> Insere-se nesse contexto de trabalho especial o trabalhador da indústria cana vieira, vinculado ao corte de cana, o qual contava com proteção específica desde o Decreto-Lei 505/38, seguido pelo Decreto-Lei 3.855/41, Estatuto da Lavoura cana vieira, e a alteração deste pelo Decreto-Lei 6969/44.
> Assim, ante as considerações acima expostas, é possível o reconhecimento da nocividade do período de 24/06/1975 a 28/02/1976, com conversão para tempo comum, pelo enquadramento código 2.2.1 do Decreto 53.831/64.
> Para os períodos laborados entre 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000, o autor faz jus ao reconhecimento da especialidade, eis que sua atividade enquadra-se no código nos códigos 2.4.4 e 2.4.2 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.
> Reconhecidos os períodos de labor especial acima, é de rigor a parcial reforma da sentença para condenar o INSS à respectiva averbação.
> CONSIDERAÇÕES SOBRE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO
> Conforme art. 52 e seguintes da Lei 8.213/91 o benefício de aposentadoria por tempo de serviço é devido ao segurado que completar 30 anos de serviço, se homem, ou 25, se mulher, desde que cumprida a carência legal.

A Emenda Constitucional 20, de 15.12.98 converteu a aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria por tempo de contribuição, excluindo do ordenamento jurídico a aposentadoria proporcional.
O art. 3º da citada Emenda garantiu, no entanto, o direito adquirido à concessão do benefício em questão a quem tivesse cumprido todos os requisitos legais, com base nos critérios da legislação então vigente, até a data de sua publicação.
Três, portanto, são as hipóteses de deferimento do benefício: segurados que preencheram os requisitos até a data da publicação da Emenda 20/98; os que não preencheram os requisitos até então, embora filiados, e os que se filiaram posteriormente.
Para os segurados filiados antes da referida Emenda Constitucional mas que, em tal data, ainda não tivessem preenchidos os requisitos necessários à concessão da benesse aplicam-se as regras de transição previstas em seu art. 9º.
Esclareça-se que o art. 201, § 7º, inc. I, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de preenchimento de idade mínima, à mulher que completou 30 anos de tempo de serviço e ao homem que completou 35 anos de tempo de serviço.
Ressalte-se que a imposição da regra de transição para a aposentadoria integral por tempo de serviço é inócua, não possuindo qualquer eficácia, uma vez que é mais gravosa do que a regra permanente. Inclusive, a Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20.09.06, que sucedeu a Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.05, deixa claro que tanto os segurados que já se encontravam filiados ao R.G.P.S até 16.12.98 quanto os que ingressaram posteriormente no sistema poderão obter o benefício mediante a comprovação de tempo de contribuição, sem qualquer exigência de "pedágio" ou idade mínima.
Na hipótese, essa egrégia Corte Regional enfrentando a matéria decidiu que "Não se exige para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, idade mínima ou pedágio, que incidem somente na aposentadoria proporcional, nos termos da EC 20/98, sendo este, inclusive, o entendimento adotado pela própria Autarquia Previdenciária, expresso em seus atos administrativos (IN 57/2001, IN 84/2002, IN 95/2003 e, mais recentemente, IN 118/2005)" (TRF - 3ª Região; AC nº 908063/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, j. 08.08.05, DJU 25.08.05, p. 542). No mesmo sentido: "Afastada a incidência do requisito idade instituído no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição postulado, cabível sua incidência somente na concessão dos benefícios de aposentadoria proporcional, já que a Emenda Constitucional nº 20, na alteração introduzida no corpo permanente da Constituição, não fez incluir no inciso I do § 7º do artigo 201 o requisito idade para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço" (TRF - 3ª Região; AI nº 216632/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 28.03.05, DJU 22.03.05, p. 448).
CONCLUSÃO
Computando-se os períodos de tempo de serviço comuns e especiais, com conversão para tempo comum, anotações em CTPS e CNIS, totaliza o demandante, até a data do ajuizamento da ação (10/04/2002), observada a carência legal, 30 (trinta) anos, 10 (dez) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de serviço, o que é insuficiente à concessão da aposentadoria.
É de se considerar, que até a publicação da EC nº 20/98 (15/12/1998), o requerente não contava com 30 anos de tempo de serviço, e no caso, não é possível à aplicação das regras de transição, uma vez que o autor, nascido em 01/11/1961, em 1998 contava com apenas 37 anos de idade.
Dessa forma é de ser mantida a improcedência no tocante ao pedido de concessão do benefício de aposentadoria.
CONSECTÁRIOS
No presente caso, entendo pela sucumbência recíproca, de conformidade com o *caput* do art. 21 do CPC, compensando-se os honorários advocatícios sucumbenciais.

Sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita e isento o INSS de custas processuais, nada se impõe quanto a isso.
A autarquia federal está isenta do pagamento de custas processuais (Leis nºs 9.289/96 e 8.620/93), exceto custas e despesas eventualmente despendidas pelo autor.
DISPOSITIVO
Posto isso, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação do autor para reconhecer a especialidade nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976, de 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000, com a conversão em comum e, condenar o INSS à respectiva averbação. Mantida a improcedência em relação ao pedido de concessão da aposentadoria por tempo de serviço.
Publique-se. Intimem-se.
Após o trânsito em julgado e ultimadas as providências necessárias, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Contra essa decisão, o ora réu e o INSS interpuseram agravos legais, os quais foram assim apreciados pela r. decisão rescindenda (fls. 155/156):

Trata-se de agravos legais interpostos pela parte autora e pelo INSS em face da decisão monocrática de fls. 135/139 que, deu parcial provimento ao apelo do autor para reconhecer a nocividade dos períodos entre 24/06/1975 a 28/02/1976, de 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000.
Sustenta a parte autora, em síntese, que a decisão merece parcial reconsideração para que se compute todo o tempo de serviço superveniente ao ajuizamento da ação, a fim de que lhe seja deferida a concessão do benefício de aposentadoria integral, nos termos do art. 462 do CPC.
Por sua vez, recorre a Autarquia para requer a reconsideração da decisão, uma vez que a utilização de EPI eficaz afasta a nocividade, bem como pelo fato de que não pode ser reconhecida a atividade especial após 05/03/1997, pois o nível de ruído era inferior ao limite de tolerância.
É o relatório.
Decido.
Revendo os autos, constato que assiste parcial razão ao INSS, razão pela qual passo à análise do período entre 15/06/1984 a 06/11/2000, enquadrado como especial na decisão agravada.
O formulário de fls.18 e laudo pericial respectivo, informam que o autor, após 01/01/1995, conduzia veículo do tipo Scania, para o qual o laudo pericial informa que o nível de ruído era 84,7 dB, de forma habitual e permanente.
Dessa forma, tendo em vista que após a edição do Decreto nº 2172/97 em 05/03/1997 o nível de tolerância foi elevado para número superior a 90dB, no caso em tela, somente é possível o enquadramento da nocividade entre 15/06/1984 até 05/03/1997, nos termos do código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64.
Ademais, vale ressaltar que o enquadramento pela categoria profissional somente é possível até 29/04/1995.
Assim, é de rigor o recálculo de todo o tempo de serviço laborado pelo autor, e acrescentado o tempo de serviço superveniente ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 462 do CPC, verifica-se, que em 01/09/2008 o demandante completa 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, o que autoriza o deferimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, a partir dessa data (01/09/2008). - planilha anexa.
Dessa forma, reconsidero parcialmente a decisão agravada para excluir o enquadramento do labor especial após 05/03/1997 e computar todo o tempo de serviço laborado pelo autor, mesmo após o ajuizamento da ação, condenando o INSS à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, integral, a partir de 01/09/2008.
Com a reconsideração da decisão agravada, impõe-se a explicitação dos honorários de sucumbência e critérios de juros de mora e de atualização monetária.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região), e pelo mesmo critério de atualização dos benefícios previdenciários previsto na legislação respectiva, o qual está resumido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal. Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).
O INSS está isento do pagamento de custas processuais (Leis nºs 9.289/96 e 8.620/93), exceto custas e despesas eventualmente despendidas pela parte autora.
Honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.
A parte dispositiva da decisão agravada passará à seguinte redação:
"Posto isso, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação do autor para reconhecer a especialidade nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e de 08/03/1982 a 05/03/1997, com a conversão em comum, e condenar o INSS à concessão ao autor do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, a partir de 01/09/2008, nos termos do art. 462 do CPC. Explicitados os critérios de juros de mora e atualização monetária, bem como fixada a verba relativa aos honorários advocatícios."
Prejudicados os agravos legais interpostos.
Publique-se. Intime-se.

Argumenta o INSS que o julgado rescindendo considerou erroneamente que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço quando do ajuizamento da ação originária.

No caso *sub examen* o r. julgado rescindendo reconheceu o exercício de atividades especiais nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e de 08/03/1982 a 05/03/1997.

Portanto, tais períodos são incontroversos. Tanto é assim que nem o INSS questiona tal reconhecimento na presente ação rescisória.

Da análise do r. julgado rescindendo, verifica-se que este considerou que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, porque somou os períodos considerados especiais (24/06/1975 a 28/02/1976 e 08/03/1982 a 05/03/1997) com aqueles considerados comuns, constantes de sua CTPS até 01/09/2008 (01/05/1976 a 20/10/1977, 01/12/1977 a 31/01/1978, 01/08/1978 a 30/08/1978, 06/03/1997 a 06/11/2000, 02/05/2001 a 12/12/2001, 02/05/2002 a 08/11/2002, 09/01/2003 a 28/12/2004, 02/05/2005 a 27/10/2005, 20/01/2006 a 12/01/2008 e 21/01/2008 a 01/09/2008).

Ocorre que o r. julgado rescindendo acabou por computar em duplicidade o período de 01/05/1976 a 20/10/1977, conforme demonstra a planilha de fls. 157, ocasionando um erro na soma do tempo de serviço do ora réu.

Além disso, verifico que a planilha de fls. 157 deixou de computar alguns períodos registrados em CTPS (fls. 17/18), quais sejam, 01/04/1979 a 31/05/1979, 01/07/1980 a 15/12/1980,

05/01/1981 a 05/04/1981 e 01/08/1981 a 30/09/1981.

Assim, com a exclusão do período computado em duplicidade (01/05/1976 a 20/10/1977), e com a inclusão dos períodos de 01/04/1979 a 31/05/1979, de 01/07/1980 a 15/12/1980, de 05/01/1981 a 05/04/1981 e de 01/08/1981 a 30/09/1981, verifica-se que o ora réu possuía 34 (trinta e quatro) anos, 06 (seis) meses e 27 (vinte e sete) dias, consoante comprova a planilha ora anexada.

Logo, constata-se que o ora réu não possuía tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço na forma integral em 01/09/2008.

Da mesma forma, tendo em vista que o ora réu nasceu em 01/11/1961, também não possuía a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998 para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço na data em que foi concedido o benefício pela r. decisão rescindenda (01/09/2008)

Portanto, forçoso concluir que o r. julgado incorreu em erro de fato, ao considerar que o autor possuía tempo de serviço superior ao realmente existente.

Desse modo, o r. julgado considerou verdadeiro um fato inexistente, qual seja, o de que a parte autora (ora réu) possuía mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço quando do ajuizamento da ação originária.

Nesse passo, salta aos olhos o nexo de causalidade estabelecido entre os elementos de prova contemplados e o resultado estampado no r. decisum rescindendo, pelo que é de rigor a rescisão do julgado, nos moldes do artigo 485, inciso IX (erro de fato), do CPC de 1973 (art. 966, VIII, do CPC de 2015).

Nesse sentido, registram-se os seguintes julgados proferidos nesta E. Corte:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTS. 458, V E IX, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO AO INCISO V DO ART. 485 DO CPC. CARÊNCIA DA AÇÃO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. RESCISÃO DO JULGADO. NOVO JULGAMENTO: PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. CUSTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Em relação ao inciso V do artigo 485 do CPC, a ação deve ser extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV c/c o § 3º, do CPC, por estarem ausentes a causa de pedir e o pedido. 2. O feito prossegue com relação ao pedido de rescisão do julgado com fundamento no art. 485, IX, do CPC. Quanto a essa pretensão, não há de falar-se em carência da ação. A concessão administrativa do benefício não faz cessar o interesse processual do autor quanto aos valores que a antecedem. 3. Segundo a parte autora, o aresto rescindendo incorreu em erro de fato ao omitir-se quanto ao cômputo do período comum (de 1/11/1966 a 31/12/1968), devidamente anotado em carteira de trabalho. 4. O julgado rescindendo, após detida reflexão, descreveu um a um os períodos especiais e de contribuição individual que deveriam compor o cálculo e, de forma genérica, sem pormenores e individualizações, determinou a soma destes aos períodos comuns. 5. Assim, considerando que os períodos comuns registrados em CTPS não foram objeto de controvérsia, é razoável afirmar que a conclusão adotada pelo julgado rescindendo reflete a vontade do julgador no tocante aos períodos por ele reconhecidos, mas mostra-se contrária à prova dos autos quanto ao acréscimo omitido, o qual é de fundamental importância para o deslinde da controvérsia, à vista do tempo apurado (29 anos, 5 meses e 15 dias). 6. Considerados o nexo causal entre a omissão de fato incontroverso e a improcedência do pedido, cabível é a desconstituição parcial do julgado, com fundamento em erro de fato, no específico ponto impugnado concernente ao cômputo geral do tempo de serviço do autor. Inalterada a decisão quanto aos períodos reconhecidos. 7. Em sede de juízo rescisório, revela-se procedente o pedi-

do formulado, por terem sido preenchidos os requisitos legais. 8. O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo; a renda mensal inicial deve corresponder a 75% do salário-de-benefício, calculado nos termos da legislação de regência. 9. Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observada a modulação dos efeitos previstos nas ADIs nº 4.425 e 4.357. 10. Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem fixados no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente. 11. A autarquia não está sujeita ao recolhimento de custas processuais, ressalvado o reembolso, por força da sucumbência, de custas e despesas comprovadamente realizadas pela parte autora. 12. A Seção, por maioria, fixou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação, compreendendo as prestações vencidas desde a data da citação na ação originária até a data deste julgamento, nos termos do voto divergente, vencida a Relatora. 13. Matéria Preliminar rejeitada. Ação rescisória procedente. Pedido formulado na demanda originária procedente.
(TRF 3ª Região, AR 8159/SP, Proc. nº 0019451-06.2011.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, e-DJF3 Judicial 1 24/06/2015)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. RESCISÃO DO JULGADO NOS TERMOS DO ART. 485, IX, DO CPC. IUDICIUM RESCINDENS E IUDICIUM RESCISORIUM. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO. I - Preliminar de inépcia da inicial rejeitada, eis que da narrativa dos fatos decorre logicamente a pretensão do autor. II - A arguição de inocorrência de erro de fato, porque houve controvérsia e pronunciamento judicial sobre o tempo de serviço urbano, diz respeito à carência da ação e será analisada com o mérito. III - O erro de fato, para efeitos de rescisão do julgado, configura-se quando o julgador não percebe ou tem falsa percepção acerca da existência ou inexistência de um fato incontroverso e essencial à alteração do resultado da decisão. É, ainda, indispensável para o exame da rescisória que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie nos autos do feito em que foi proferida a decisão rescindenda, sendo inaceitável a produção de provas, consoante o artigo 485, IX e §§ 1º e 2º, do CPC. IV- Somando-se os períodos de atividade rural reconhecidos pelo acórdão rescindendo, ou seja, de 18/07/1964 a 29/05/1969, de 30/05/1969 a 22/09/1973 e de 23/09/1973 a 31/05/1976, com exclusão do período concomitante (de 01/02/1976 a 31/05/1976), tem-se que o requerido comprovou apenas 27 anos, 9 meses e 14 dias de trabalho, até 22/12/1998 (data de término de seu último vínculo empregatício). V - A decisão rescindenda considerou como existente um fato inexistente ao afirmar que a soma dos contratos de trabalho constantes da CTPS do requerido totalizavam mais de 31 (trinta e um) anos de serviço, quando, na verdade, somavam apenas 16 anos e 03 meses de labor. VI - Presente o nexo de causalidade estabelecido entre os elementos de prova contemplados e o resultado estampado no r. decisum rescindendo, é de rigor a rescisão do julgado, nos moldes do art. 485, IX, do CPC. VII - Refeitos os cálculos, somando-se a atividade rural reconhecida e os períodos de atividade comum estampados na CTPS, com exclusão do lapso de atividade concomitante (de 01/02/1976 a 31/05/1976), é certo que, até 15/12/1998 (data da delimitada na inicial do feito originário), o autor contava com 27 anos, 9 meses e 07dias de trabalho,

insuficientes para a aposentação, eis que respeitando as regras anteriores à Emenda 20/98, deveria cumprir pelo menos 30 (trinta) anos de serviço. VIII - Rescisória julgada procedente para desconstituir o acórdão originário apenas quanto à contagem do tempo. Improcedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço formulado na demanda subjacente. Tutela anteriormente concedida confirmada. Isenção de custas e honorária em face do deferimento da gratuidade de justiça - artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: REsp 27821-SP, REsp 17065-SP, REsp 35777-SP, REsp 75688-SP, RE 313348-RS).
(TRF 3ª Região, AR 5921/SP, Proc. nº 0005649-43.2008.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 04/06/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ERRO DE FATO. ART. 4985, IX, CPC. OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEI Nº 8.213/91. CARÊNCIA E TEMPO DE ATIVIDADE COMPROVADOS. 1 - A maioria dos documentos apresentados como novos referem-se a períodos já admitidos na r. sentença rescindenda ou que nada a alteram, sendo insuficientes para a sua rescisão. 2 - O magistrado sentenciante não se pronunciou a respeito da CTPS do demandante, da qual se extraem os registros de natureza urbana, relativos aos períodos de 06 de novembro de 1969 a 09 de setembro de 1970 e de 10 de janeiro de 1994 (sem data de saída), nas atividades de servente, na Indústria Sul Americana de Metais S/A, e de operário, junto à Cooperativa Agrária de Cafeicultores do Sul, respectivamente. 3 - A decisão rescindenda revela que a atenção do julgador, na aferição do período de atividade urbana, estava voltada unicamente para a CTPS de fls. 66/67, de titularidade do pai do requerente, Sr. Antonio Jacob Filho, na qual consta o registro junto à Fiação de Seda Bratac S/A, no período de 01 de abril de 1980 a 04 de junho de 1980. 4 - O vínculo trabalhista estabelecido entre a parte autora e a Cooperativa Agrária de Cafeicultores do Sul de São Paulo, no período de 10 de janeiro de 2005 a 14 de junho de 2005 (data do ajuizamento da ação subjacente), conforme anotação em CTPS, constitui prova plena do efetivo exercício de sua atividade urbana por 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias, que, somados ao lapso temporal, na condição de rurícola, já declarado em juízo, que somam 28 (vinte e oito) anos de tempo de serviço, o autor contava, quando do requerimento, com 39 (trinta e nove) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias. 5 - Comprovada pelo conjunto probatório acostado aos autos, a carência de 120 (cento e vinte) contribuições previdenciárias, prevista na tabela do art. 142 da Lei de Benefícios, uma vez que o requisito de 35 anos de tempo de serviço foi preenchido em 2001. 6 - Verba honorária fixada em R$550,00 (quinhentos e cinquenta reais). 7 - Matéria preliminar rejeitada. Pedido rescisório julgado procedente. Pedido de aposentadoria por tempo de serviço integral julgado procedente.
(TRF 3ª Região, AR 5567/SP, Proc. nº 0085891-23.2007.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Leide Polo, e-DJF3 Judicial 1 31/01/2012)

Da mesma forma, a r. decisão rescindenda incorreu em violação aos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 e ao artigo 9º da EC nº 20/1998, ao conceder a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a quem ainda não havia implementados todos os requisitos legalmente exigidos.

Passo ao juízo rescisório.

Quanto ao juízo rescisório, cumpre esclarecer que o objeto da rescisória restringe-se à desconstituição do julgado tão-somente em relação ao cálculo do tempo de serviço do ora réu, mantendo-se íntegra a aludida decisão quanto ao reconhecimento do tempo de serviço especial.

No caso, restou incontroverso que a parte ré comprovou o exercício de atividades especiais nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e 08/03/1982 a 05/03/1997.

Desse modo, convertendo-se os períodos trabalhados em condições especiais em tempo de serviço comum, somados aos demais períodos comuns registrados em CTPS até 01/09/2008, perfaz-se 34 (trinta e quatro) anos, 06 (seis) meses e 27 (vinte e sete) dias, conforme planilha anexa, o que é insuficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral.

Da mesma forma, tendo em vista que o ora réu nasceu em 01/11/1961, também não possuía a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998 para a concessão da aposentadoria proporcional em 01/09/2008.

Ocorre que, da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 227/227vº), verifica-se que o ora réu continuou trabalhando após o ajuizamento da ação originária.

Dessa forma, com o cômputo dos períodos posteriores ao ajuizamento da ação originária, conclui-se que o ora réu completou 35 (trinta e cinco) anos de serviço/contribuição em 17/02/2009, conforme planilha anexa, os quais perfazem o tempo de serviço exigível nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/1991, para a percepção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral.

Assim, a situação fática constante dos autos revela que o ora réu atende os requisitos para o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, mas com termo inicial diverso daquele postulado na petição inicial.

E, não vejo óbice ao deferimento do benefício a que faz jus, pois nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PEDIDO INICIAL. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. ADEQUABILIDADE. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO AO SEGURADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado.
> 2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1232820/RS, 5ª Turma, Relatora Laurita Vaz, j. 26/10/2010, Dje 22/11/2010)(g.n.)
>
> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DEFERIDO PERCENTUAL SUPERIOR AO MÍNIMO REQUERIDO. DECISÃO *ULTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
> Em matéria previdenciária, o pleito contido na peça inaugural, mormente quando se trata de matéria previdenciária, deve ser analisado com certa ponderação. Postulada na inicial a concessão do benefício em um percentual mínimo, calculado pela parte, incensurável a decisão judicial que reconhece o tempo de serviço pleiteado e concede o benefício com um coeficiente de cálculo superior ao mínimo requerido. 2. Recurso especial improvido. (REsp 929942/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 11/12/2008, Dje 02/02/2009)
>
> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFERIDA APOSENTADORIA POR IDADE EM VEZ DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. 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 aposentadoria por idade rural, o deferiu à segurada, não obstante ter sido requerido benefício diverso. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 861680/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 28/08/2008, Dje 17/11/2008)

Neste ponto, cabe invocar ainda o quanto disposto no art. 462 do CPC de 1973, assim como no art. 493 do CPC de 2015, segundo o qual se depois da propositura da ação algum fato constitutivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração no momento de proferir a decisão.

Nesse sentido colaciono os seguintes julgados, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. REGRA TRANSITÓRIA. EXIGÊNCIA DE IDADE MÍNIMA. IMPLEMENTO DA IDADE NO CURSO DA AÇÃO. 1. Os embargos de declaração só podem ser opostos em casos de obscuridade, contradição ou omissão do julgado, nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil, não podendo ser utilizados para rediscussão da causa. 2. Nos termos da fundamentação adotada na decisão, à época do requerimento administrativo (25/06/2004), o Autor havia cumprido a carência e o tempo de serviço exigidos para se aposentar. 3. A aposentadoria proporcional foi extinta pela Emenda Constitucional nº 20/98, ressalvada a sua concessão aos segurados que, na data da EC 20: a) tiverem contribuído por, no mínimo, 30 anos (se homem) ou 25 anos (se mulher); b) contarem com, no mínimo, 53 anos (se homem) e 48 anos (se mulher); c) tiverem contribuído por um período adicional de 40% do que, naquela data, faltava para atingir o tempo de contribuição necessário. 4. Desta feita, a exigência da idade mínima permaneceu válida para a hipótese de concessão de aposentadoria proporcional após a EC20/98, por se tratar de regra de exceção. 5. Embora o Autor não tivesse implementado a idade mínima na datado requerimento administrativo, o certo é que completou 53 anos de idade no curso da ação (30/01/2007), possibilitando a concessão do benefício a partir desta data, conforme precedente deste Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. - g.n - (TRF3, AC - 1145399 - Proc. 2006.03.99.035553-6/SP, GAB.DES.FED. CASTRO GUERRA, 10ª Turma, j. 27/11/2007, DJU 12/12/2007 pág. 648;)

PREVIDENCIARIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. OMISSÃO. E.C. Nº 20/98. OCORRÊNCIA. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ART. 462 DO CPC. APLICABILIDADE. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA. PREQUESTIONAMENTO. I - O v. voto condutor não restou omisso nem contraditório, pois exauriu a questão relativa à não comprovação do tempo de serviço exercido em atividade rural sob regime de economia familiar. II - Presente a omissão no v. acórdão embargado, quanto à questão de concessão de aposentadoria por tempo de serviço à vista dos requisitos preconizados pela E.C. nº 20/98, posto a parte autora ter cumprido os requisitos para a concessão de beneficio vindicado, no curso da ação judicial. III - O direito do autor ao benefício vindicado somente se consagrou em 17.01.2006, portanto, posterior ao ajuizamento da ação, momento em que implementou o requisito etário, sendo assim, devido o benefício a partir de 17.01.2006, em consonância com o disposto no art. 462 do Código de Processo Civil, que impinge ao julgador considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito que possa influir no julgamento da lide. IV - (...). VII - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o "caput" do artigo 461 do Código de Processo Civil. VIII - Embargos declaratórios parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes.- g.n. - (TRF3, REOAC - 1062476 - Proc. 2001.60.02.002673-3/MS, GAB.DES.FED. SERGIO NASCIMENTO, 10ª Turma, j. 16/1/2007, DJU 31/01/2007 pág. 550).

Por conseguinte, cabe reconhecer o direito do autor à aposentadoria por tempo de contribuição na forma integral, a partir de 18/02/2009, dia seguinte ao implemento dos requisitos necessários à concessão do benefício, com renda mensal inicial correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, a ser calculado na forma do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Assim, o autor faz jus à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral, a partir de 18/02/2009, nos termos acima explicitados.

No tocante às parcelas vencidas e não pagas pelo INSS, devem ser corrigidas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, 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.

Em face da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

Por fim, cumpre observar que, de acordo com consulta ao sistema CNIS/DATAPREV, o ora réu recebe aposentadoria por tempo de serviço/contribuição desde 27/07/2009. Desse modo, o réu deve optar por uma das aposentadorias, compensando-se, no que couber, os valores devidos com os valores já pagos decorrentes da concessão administrativa, em razão da impossibilidade de cumulação dos benefícios.

Neste ponto, impõe-se consignar que o recebimento de valores atrasados, referentes ao benefício concedido judicialmente até o dia anterior à implantação do benefício mais vantajoso, obtido na via administrativa, não consiste em cumulação de aposentadorias, o que é vedado pelo art. 124, II, da Lei 8.213/91.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO POR BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES DO BENEFÍCIO PRETERIDO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. MATÉRIA ANÁLOGA. DESAPOSENTAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADA ESPECIFICAMENTE. SÚMULA 182/STJ.
> 1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que, no objeto recursal fixado, negou seguimento ao Recurso Especial por aplicar entendimento consolidado do STJ em hipótese análoga concernente à possibilidade de renúncia à aposentadoria sem necessidade de devolução dos valores recebidos do benefício.
> 2. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar especificamente a fundamentação do decisum atacado (item 1 supracitado). Incidência da Súmula 182/STJ.
> 3. Agravo Regimental não conhecido.
> (STJ, AgRg no REsp 1373390/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24/06/2013)
>
> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. VIABILIDADE DE COBRANÇA DAS PARCELAS ATRASADAS. APRECIAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPE-

CIAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.
2 Nessa linha, sendo possível a opção e desnecessária a devolução, resta legítimo, por extensão, o direito à execução dos valores entre a data de entrada do pedido de aposentadoria, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, mais vantajoso, concedido na via administrativa.
3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.
4. Agravo regimental desprovido.
(STJ, AgRg no REsp 1162432/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/02/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.
I - Não procede a insurgência da parte agravante.
II - Em consulta ao sistema CNIS da Previdência Social, verifica-se que o autor é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida administrativamente, em 07.04.2009. Com o deferimento da aposentadoria proporcional, o requerente poderá pelo benefício mais vantajoso, ante o impedimento de cumulação.
III - Além do que, a E. Terceira Seção desta C. Corte manifestou-se no sentido de que não há vedação legal para o recebimento do benefício concedido no âmbito judicial anteriormente ao período no qual houve a implantação de aposentadoria na esfera administrativa, sendo vedado tão-somente o recebimento conjunto.
IV - A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
V - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
VI - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
VII - Agravo improvido.
(TRF 3ª Região, AC 1352061/SP, Proc. nº 0001440-82.2003.4.03.6183, Oitava Turma, Re. Des. Fed. Tânia Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 06/06/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. EXECUÇÃO DAS PARCELAS VENCIDAS ATÉ A DATA DA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO FINAL.
I - Ainda que o exequente tenha feito a opção pelo benefício concedido na esfera administrativa, por ser mais vantajoso, não há impedimento para a execução das parcelas vencidas entre o termo inicial do benefício fixado pela decisão exequenda e data imediatamente anterior à concessão administrativa do benefício, considerando que em tal período não se verifica o recebimento conjunto dos dois benefícios, vedado pelo art. 124, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

II - Considerando que o termo final das prestações vencidas é anterior à data da sentença, no que em comento, a base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde ao valor da própria execução.
III - Apelação da parte exequente parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, AC 1850732, Proc. nº 0010924-70.2013.4.03.9999, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, e-DJF 3 Judicial 1: 18/09/2013)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTADORIA POR IDADE CONCEDIDA ADMINISTRATIVAMENTE. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. RECEBIMENTO DE PARCELAS EM ATRASO.
1 - Caso o segurado tenha optado pelo recebimento de benefício deferido na esfera administrativa, com data de início (DIB) posterior àquele concedido judicialmente, o que ocorre no presente caso, nada impede que promova a execução das parcelas atrasadas decorrentes do benefício preterido em período diverso, ou seja, desde a data em que devidas até a implantação do mais vantajoso, o que não implica fracionamento do título executivo ou cumulação irregular, porque inexistente a percepção simultânea de prestações. Precedentes.
2 - Agravo legal da autora provido.
(TRF 3ª Região, AI 490034, Proc. nº 031510-89.2012.4.03.0000, Nona Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Zacharias, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nelson Bernardes, e-DJF 3 Judicial 1: 11/06/2013).

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS PARCELAS EM ATRASO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE.
1. O recebimento de valores atrasado, referentes ao benefício concedido judicialmente até o dia anterior à implantação do benefício mais vantajoso, obtido na via administrativa, não consiste em cumulação de aposentadorias, o que é vedado pelo art. 124, II, da Lei 8.213/91. Trata-se, na verdade, de sucessão de benefícios.
2. Agravo improvido.
(TRF 3ª Região, AI 477760, Proc. nº 0017218-02.2012.4.03.0000, Sétima Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Douglas Gonzáles, e-DJF3 Judicial 1: 01/03/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DAS PARCELAS EM ATRASO DA APOSENTADORIA COM DATA DE INÍCIO ANTERIOR À IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. DECISÃO MANTIDA.
I. Embora o inciso II do artigo 124 da Lei nº 8.213/91 vede a percepção conjunta de mais de uma aposentadoria, não obsta o pagamento das respectivas parcelas em atraso da aposentadoria concedida judicialmente, no lapso temporal anterior à data de concessão da outra aposentadoria obtida na esfera administrativa, em face do direito adquirido, e por inexistir, neste caso, a concomitância rejeitada pelo ordenamento jurídico.
II. Outrossim, o recebimento das parcelas em atraso da aposentadoria especial consiste em direito da parte embargada, resguardado pela própria r. decisão exequenda proferida na ação de conhecimento, acobertada pela coisa julgada.
III. Da mesma forma, não há que se falar em desconto, a título de compensação, dos proventos do benefício da aposentadoria por idade, com DIB posterior, auferidos em período não concomitante, ao que dizem respeito os atrasados da aposentadoria especial.
IV. Agravo a que se nega provimento.
(TRF 3ª Região, AC nº 1037388, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, 10ª Turma, j. 17/01/2012, e-DJF3 Judicial 1 24/01/2012).

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir a r. decisão proferida nos autos do processo nº 2006.03.99.036094-5 e, em novo julgamento, julgo parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para condenar o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em favor do ora réu a partir de 18/02/2009, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0026236-81.2016.4.03.9999
(2016.03.99.026236-9)

Apelante: IGOR PAULO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE LUCÉLIA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 2177744
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. SALÁRIO-FAMÍLIA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. NECESSIDADE. EXTINÇÃO SEM MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DO AUTOR IMPROVIDO.
1. O artigo 67, da lei nº 8.213/91 prevê que: "O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento."
2. Para a concessão do salário-família deve-se comprovar, semestralmente, a frequência escolar, bem como apresentar, anualmente, o atesado de vacinação obrigatória.
3. O INSS informou que o benefício foi cessado porque o autor não apresentou atestado de frequência escolar de seus filhos, a partir do mês de maio/2013, exigido no mês 06 do correspondente ano. Assim, o autor recebeu o benefício até 07/2013 e, para que o benefício seja restabelecido basta que o autor apresente tais comprovantes na esfera administrativa.
4. Diante da inexistência de prova no sentido de que o segurado tenha atendido ao comando legal de apresentação de declaração de matrícula escolar, providência que cabia a si próprio, demonstra o não preenchimento dos requisitos necessários a concessão do benefício pleiteado.
5. Apelo do autor improvido.

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de salário-família, sobreveio sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do NCPC, pela falta de interesse de agir. Condenação do autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no importe de R$ 800,00, ficando a cobrança suspensa até que cesse a condição de hipossuficiente ou se opere a prescrição.

A sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, ao autor interpôs recurso de apelação (fls. 186/190), pugnando pela reforma da sentença para que seja julgado procedente o seu pedido.

Sem contrarrazões da Autarquia (fl. 194) , os autos foram remetidos a esta Eg. Corte.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 198/199, pelo desprovimento do apelo do autor.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): O autor objetiva com a presente ação a concessão do benefício de salário-família.

O R. Juízo *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do NCPC, por entender que a pretensão do autor não necessita de amparo judicial, sendo desnecessária a presente demanda para o restabelecimento do benefício pleiteado, bastando que entregue os documentos faltantes na agência do INSS.

O artigo 67, da lei nº 8.213/91 prevê que:

> O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento.

Outrossim, o artigo 84, do Decreto 3.048/99, assim dispõe:

> Art. 84. O pagamento do salário-família será devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até seis anos de idade, e de comprovação semestral de freqüência à escola do filho ou equiparado, a partir dos sete anos de idade.
> § 1º A empresa deverá conservar, durante dez anos, os comprovantes dos pagamentos e as cópias das certidões correspondentes, para exame pela fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social, conforme o disposto no § 7º do art. 225.
> § 2º Se o segurado não apresentar o atestado de vacinação obrigatória e a comprovação de freqüência escolar do filho ou equiparado, nas datas definidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o benefício do salário-família será suspenso, até que a documentação seja apresentada.
> § 3º Não é devido salário-família no período entre a suspensão do benefício motivada pela fal-

ta de comprovação da freqüência escolar e o seu reativamento, salvo se provada a freqüência escolar regular no período.
§ 4º A comprovação de freqüência escolar será feita mediante apresentação de documento emitido pela escola, na forma de legislação própria, em nome do aluno, onde consta o registro de freqüência regular ou de atestado do estabelecimento de ensino, comprovando a regularidade da matrícula e freqüência escolar do aluno.

Depreende-se, assim, que para a concessão do salário-família deve-se comprovar, semestralmente, a frequência escolar, bem como apresentar, anualmente, o atesado de vacinação obrigatória.

Nesse contexto, verifico, à fl. 123, a manifestação do INSS informando que o benefício foi cessado porque o autor não apresentou atestado de frequência escolar de seus filhos, a partir do mês de maio/2013, exigido no mês 06 do correspondente ano. Assim, o autor recebeu o benefício até 07/2013 e, para que o benefício seja restabelecido basta que o autor apresente tais comprovantes na esfera administrativa.

Assim considerando, diante da inexistência de prova no sentido de que o segurado tenha atendido ao comando legal de apresentação de declaração de matrícula escolar, providência que cabia a si próprio, demonstra o não preenchimento dos requisitos necessários a concessão do benefício pleiteado.

Em decorrência, a r. sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0034656-75.2016.4.03.9999
(2016.03.99.034656-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: VANESSA SANTOS DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 2196674
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SALÁRIO MATERNIDADE. EMPREGADA URBANA. PRELIMINAR. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO CONTROVERTIDO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA À ÉPOCA DO PARTO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. REQUISITOS PREENCHIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.
- Pela análise dos autos, o direito controvertido foi inferior ao patamar fixado no art. 475, parágrafo 2º, do CPC/1973, de 60 salários mínimos, razão pela qual há que se falar em remessa necessária.
- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213/91, 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.
- Nos casos em que a trabalhadora exerce atividade urbana, para fazer jus ao benefício de salário-maternidade, deve comprovar, em regra, a maternidade, e a qualidade de segurada da Previdência, à época do parto.
- Embora o art. 97 do Decreto 3.048/1999 não inclua a hipótese de demissão sem justa causa, atendendo à proteção à maternidade (Constituição, artigo 201, inciso II), especialmente à gestante, não se pode privilegiar interpretação literal, em detrimento da finalidade social e individual do benefício do salário-maternidade. Destaque-se que, em tal situação, cabe ao INSS suportar diretamente o pagamento do salário-maternidade, não sendo razoável impor à empregada demitida buscar da empresa a satisfação pecuniária, quando, ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação. Precedente do STJ.
- No tocante à correção monetária, deverá ser observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.
- Desse modo, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 870.947 é de rigor a aplicação da Lei nº 11.960/2009 na correção monetária incidente sobre as condenações impostas à Fazenda Pública.
- Assim, os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados na forma pre-

vista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, sem prejuízo da aplicação da legislação superveniente, observando-se, ainda, quanto à correção monetária, o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral reconhecida no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.
- Os honorários advocatícios devem ser reformados para o percentual de 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. Sentença, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 e a regra da Súmula nº 111 do C. STJ, bem como do entendimento da Terceira Seção (Embargos Infringentes nº 0001183-84.2000.4.03.6111, julgado em 22.09.2011).
- Requisitos legais preenchidos.
- Preliminar que se rejeita.
- Apelação a que se dá parcial 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, em consonância com o art. 1.013, § 1º, do CPC/2015, *DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação Autárquica*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Apelação interposta *pelo INSS* (fls. 65-81) em face da r. Sentença (fls. 52-58) que julgou procedente o pedido de concessão do salário maternidade, no valor de 100% do salário de benefício, durante 120 dias, a partir da data da propositura da ação (26.08.2014). Condenou a Autarquia ré ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00. Sentença não submetida ao reexame necessário.

Em seu recurso, a Autarquia federal pugna, preliminarmente, pelo conhecimento da Remessa Oficial. No mérito, requer a reforma da r. Sentença, sob fundamento de que o pagamento do benefício, em voga, é responsabilidade do empregador, para as empregadas urbanas, durante o vínculo de trabalho, bem como, de que no caso de dispensa, sem justo motivo, no período da estabilidade provisória, cabe ao empregador pagar indenização. Requer, caso seja mantida a Sentença, que os juros e a correção monetária sejam aplicados nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, ressaltando o julgamento das ADI's 4.357/DF e 4.425/DF, bem como, a minoração dos honorários advocatícios. Prequestiona a matéria arguida para fins de eventual interposição de Recurso.

Subiram os autos a esta E. Corte, com contrarrazões (fls. 86-90).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Do reexame necessário

Conforme Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis nº 311:

> A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da prolação da sentença, de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica os reexames estabelecidos no regime do art. 475 CPC/1973 (Grupo: Direito Intertemporal e disposições finais e transitórias).

Pela análise dos autos, o direito controvertido foi inferior ao patamar fixado no art. 475, parágrafo 2º, do CPC/1973, de 60 salários mínimos, razão pela qual há que se falar em remessa necessária.

Nestes termos, não conheço da remessa oficial, visto que estão sujeitas ao reexame necessário as sentenças em que o valor da condenação e o direito controvertido excedam a 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos do parágrafo 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil de 1973, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

Pelas razões apontadas acima, REJEITO a preliminar suscitada pela Autarquia ré, e passo à análise do mérito.

Antes de adentrarmos ao cerne da questão, necessário algumas considerações acerca do salário-maternidade.

O salário-maternidade encontra-se previsto no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, que garante direito a licença, à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, aos trabalhadores urbanos e rurais.

A previsão constitucional é normatizada por meio dos artigos 71, 72 e 73, todos da Lei nº 8.213/1991.

Os requisitos para a concessão do salário-maternidade estão dispostos no art. 71 da Lei nº 8213/1991, devendo-se observar o acréscimo do art. 71-A, *verbis*:

> 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 da ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.
>
> Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013).

Da letra da lei conclui-se que deve ser comprovada a condição de segurada, além, é claro, da própria gravidez, para que exista o direito ao benefício em questão, o qual independe de carência para as seguradas empregadas (rural e/ou urbana), trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas, nos termos do art. 26, VI, da Lei nº 8.213/1991.

Ressalvado o disposto no art. 26, VI, da Lei nº 8.213/1991, a concessão do salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do artigo 11 e do artigo 13, ambos da Lei nº 8.213/1991, quais sejam, contribuinte individual, segurada especial e segurada faculta-

tiva, exige a carência de dez contribuições mensais, conforme art. 25, III, da Lei nº 8.213/1991 (inciso acrescentado pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999), respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 do referido Diploma Legal. Ressalte-se que, para tais seguradas, em caso de parto antecipado, o período de carência será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado, nos termos do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.213/1991.

Vale observar que, 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, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.213/1991. Verifica-se, entretanto, que o referido prazo de 12 meses foi abreviado para 10 meses, a partir da nova redação dada ao inciso III do art. 25 do mencionado diploma legal, pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999.

Os requisitos, portanto, para concessão do benefício em discussão são, de um lado, a demonstração do nascimento do filho e, de outro, a comprovação do labor rural da mãe, como segurada especial, ainda que descontínuo, nos dez meses imediatamente anteriores ao início do benefício (estipulado este no art. 71 da LBPS), salvo em caso de parto antecipado, em que o referido período deve ser reduzido em número de meses equivalente à antecipação, tudo com fundamento na análise conjunta dos arts. 25, inc. III e parágrafo único, e 39, parágrafo único, ambos da LBPS.

O trabalho rural, como segurado especial, dá-se em regime individual (produtor usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais) ou de economia familiar, este quando 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 (art. 11, VII e § 1º da Lei nº 8.213/1991).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a comprovação da atividade rural requer a existência de início de prova material, a qual poderá ser corroborada com a prova testemunhal, conforme entendimento cristalizado na Súmula 149, que assim dispõe: *A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção do benefício previdenciário*.

Por outro lado, o próprio Superior Tribunal de Justiça entende não ser imprescindível que a prova material abranja todo o período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, desde que a prova testemunhal amplie a sua eficácia, permitindo sua vinculação ao tempo de carência. Não se exige que a prova material do labor se estenda por todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal capaz de ampliar a eficácia probatória dos documentos. Todavia, é necessário que a prova testemunhal remonte até a época em que formado o documento, pois se assim não fosse, os testemunhos restariam isolados e, no período testemunhado, somente remanesceria a prova testemunhal, a qual é insuficiente à comprovação do labor rural, conforme a mencionada Súmula nº 149 do STJ.

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. BOIA FRIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a parte autora deve evidenciar o exercício da atividade rurícola com base em início de prova material ratificado por

depoimentos testemunhais.
2. *In casu*, o Tribunal *a quo* decidiu que a agravada preencheu todos os requisitos para a concessão do benefício, ressaltando que a prova documental foi complementada pela prova testemunhal.
3. Desse modo, verifica-se que o acolhimento da pretensão recursal demanda alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo aresto impugnado, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado nesta instância extraordinária, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.
4. Agravo Regimental não provido.
(STJ, AgRg no AREsp 402.469/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 06/12/2013)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. DENÚNCIA CRIMINAL CONTRA O ADVOGADO DA SEGURADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL, RATIFICADO PELA PROVA TESTEMUNHAL. CONTEMPORANEIDADE. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.
I. A circunstância de haver denúncia criminal contra o advogado que subscreveu a petição inicial, sem menção à recorrida, não invalida as provas dos autos, haja vista a presunção de inocência, prevista na Constituição da República.
II. Embora imprescindível o início de prova documental do tempo de serviço, a lei não exige que corresponda ele, necessariamente, ao período de carência ou a todo o período que se pretende comprovar.
III. Havendo, nos autos, início de prova material, ratificado pela prova testemunhal, é de rigor o reconhecimento da condição da autora como trabalhadora rural, sem que tal implique revisão de matéria fática.
IV. Consoante a jurisprudência do STJ, "(...) as instâncias ordinárias são soberanas na análise fática e probatória inerente ao caso. Contudo, o STJ não é impedido, a partir da realidade fática assentada pelo Juízo *a quo*, de proceder à adequada qualificação jurídica do fato, em razão da valoração, e não do reexame, da prova produzida" (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 364.427/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2013).
V. Agravo Regimental improvido.
(AgRg no REsp 1.364.417/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 08/04/2014)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.
1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, para concessão de aposentadoria por idade rural, não se exige que a prova material do labor agrícola se refira a todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos, como na hipótese em exame.
2. Pedido julgado procedente para, cassando o julgado rescindendo, dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.
(AR 4.094/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012)

Portanto, a atividade rural de segurada especial deve ser comprovada mediante início de prova material, complementada por prova testemunhal idônea, não sendo esta admitida exclusivamente, a teor do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991 e Súmula 149 do STJ.

Quanto ao início de prova material, necessário a todo reconhecimento de tempo de serviço (§ 3º do art. 56 da Lei nº 8.213/91 e Súmula 149/STJ), por ser apenas inicial, tem sua exigência suprida pela indicação contemporânea de documentos do trabalho exercido, embora não necessariamente ano a ano, mesmo fora do exemplificativo rol legal (art. 106 da Lei nº 8.213/1991), ou em nome de integrantes do grupo familiar. O conceito de prova material previsto no artigo 106 da Lei nº 8.213/1991 não configura rol exaustivo, visto não se tratar de tarifamento da prova. Qualquer elemento material idôneo poderá configurar início de prova documental, cabendo ao Julgador sopesar sua força probatória, quando da análise do caso concreto.

Nessa trilha, é o julgado abaixo do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - TRABALHADORA RURAL - INÍCIO DE PROVA MATERIAL - PERÍODO DE CARÊNCIA - ART. 106 DA LEI 8.213/91 - ROL EXEMPLIFICATIVO - SÚMULA 7/STJ.
> 1. Não se exige que o início de prova documental se refira a todo o período de carência do benefício pleiteado, desde que devidamente corroborado por robusta prova testemunhal. Precedentes.
> 2. O rol previsto no art. 106 da Lei de Benefícios é meramente exemplificativo, sendo possível a admissão a título de prova material de documentos diversos daqueles elencados.
> 3. A discussão sobre a unilateralidade da declaração para a inserção da qualidade de trabalhadora rural na prova apresentada demanda o reexame de matéria fático-probatória, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (STJ, AgRg no AREsp 415.928/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 06/12/2013)

Pertinente salientar, que o desenvolvimento de trabalho de caráter urbano por membro do núcleo familiar, no caso o marido, não afasta, isoladamente, a condição de segurada especial da autora.

Sobre o tema, confira-se os seguintes precedentes:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO.MATÉRIA QUE NÃO FOI TRAZIDA NAS RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL.PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. DEMONSTRAÇÃO DO TRABALHO NO CAMPO. *VÍNCULO URBANO DO MARIDO. APRESENTAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS EM NOME PRÓPRIO.*
> 1. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal, sobre a qual ocorreu preclusão consumativa.
> 2. O labor campesino, para fins de percepção de aposentadoria rural por idade, deve ser demonstrado por início de prova material e ampliado por prova testemunhal, ainda que de maneira descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento, pelo número de meses idêntico à carência.
> 3. Para esse fim, são aceitos, como início de prova material, os documentos em nome do cônjuge que o qualificam como lavrador, aliados à robusta prova testemunhal. De outro lado, o posterior exercício de atividade urbana pelo cônjuge, por si só, não descaracteriza a autora como segurada especial, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar (REsp 1.304.479/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19/12/2012, recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC) .

4. No caso dos autos, o juízo de origem, ao examinar o contexto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou amplamente demonstrado o labor rural da segurada, inclusive com a apresentação de prova material em nome próprio. Assim, a verificação de que não está caracterizado regime de economia familiar em virtude de vínculo urbano mantido pelo cônjuge varão, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").
5. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp 1339926/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 14/06/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. CÔNJUGE. VÍNCULOS URBANOS. PROVA MATERIAL SUFICIENTE.
1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o exercício de atividade urbana, por parte do cônjuge varão, não descaracteriza, por si só, a qualidade de segurada especial da mulher.
2. No caso concreto, foram apresentados documentos tanto em nome do cônjuge quanto em relação à autora, todos aptos à demonstração do labor rural por ela exercido, no período de carência.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp 1218811/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 31/05/2013)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.321.493-PR, recebido pela Corte como recurso representativo da controvérsia, traçou as seguintes diretrizes a respeito do trabalhador rural boia-fria:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SEGURADO ESPECIAL. TRABALHO RURAL. INFORMALIDADE. BOIAS-FRIAS. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. SÚMULA 149/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVA MATERIAL QUE NÃO ABRANGE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA. NÃO VIOLAÇÃO DA PRECITADA SÚMULA.
1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de combater o abrandamento da exigência de produção de prova material, adotado pelo acórdão recorrido, para os denominados trabalhadores rurais boias-frias.
2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
3. Aplica-se a Súmula 149/STJ ("A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário") aos trabalhadores rurais denominados "boias-frias", sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.
4. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, o STJ sedimentou o entendimento de que a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.
5. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, não obstante tenha pressuposto o afastamento da Súmula 149/STJ para os "boias-frias", apontou diminuta prova material e assentou a produção de robusta prova testemunhal para configurar a recorrida como segurada especial, o que está em consonância com os parâmetros aqui fixados.

> 6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.
> (STJ, REsp 1321493/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 19/12/2012).

Na mesma linha:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. BOIA-FRIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.321.493/PR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A decisão agravada merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois a parte autora, ora agravada, objetiva a concessão de aposentadoria rural por idade em razão do desenvolvimento de atividades rurais na condição de boia-fria. Observância do Recurso Especial Repetitivo 1.321.493/PR. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 380.568/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 21/10/2013).

Assim, nos casos de trabalhadores informais, especialmente em labor rural de boia-fria, a dificuldade de obtenção de documentos permite maior abrangência na admissão do requisito legal de início de prova material, valendo como tal documentos não contemporâneos ou mesmo em nome terceiros (integrantes do grupo familiar, proprietários de terras, arrendatários, etc.), que juntamente com a prova oral, possibilite um juízo de valor seguro acerca dos fatos que se pretende comprovar.

Saliente-se que a própria certidão de nascimento do filho, em virtude do qual se postula o salário-maternidade, constitui início de prova material, pois o C. STJ pacificou entendimento no sentido de reconhecer como início probatório as certidões da vida civil, conforme se extrai do seguinte precedente:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO, NA QUAL QUALIFICADA A AUTORA COMO LAVRADORA. VALIDADE COMO INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA, NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Admite-se, como início de prova material, para o fim de comprovação da condição de rurícola da mãe, a certidão de nascimento do filho, na qual qualificados os genitores, inclusive a autora, ora agravada, como lavradora, na linha dos precedentes desta Corte a respeito da matéria.
> II. Reconhecida, na origem, a condição de trabalhadora rural da agravada, com fundamento no contexto fático-probatório dos autos - início de prova material complementado por prova testemunhal -, constitui óbice à revisão do acórdão, no âmbito do Recurso Especial, o disposto na Súmula 7/STJ.
> III. Agravo Regimental improvido.
> (STJ, AgRg no AREsp 308.383/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014, publicado em DJe 03/06/2014)

Por outro lado, a empregada rural, a trabalhadora avulsa e a autônoma rural, com a edição das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, passaram a ser seguradas obrigatórias do RGPS, devendo verter contribuições à Previdência Social. Desse modo, essas trabalhadoras rurais têm direito à mesma cobertura devida às trabalhadoras urbanas, nos moldes exigidos pela le-

gislação previdenciária, devendo as empregadas rurais e as trabalhadoras avulsas comprovar o direito ao recebimento do salário maternidade, de forma equiparada às empregadas urbanas. Deve-se atentar ao prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213/91 - e sua prorrogação conferida pela Lei nº 11.718/98 - para os trabalhadores rurais, enquadrados como empregados ou contribuintes individuais.

Em relação ao valor do benefício, e a responsabilidade de seu pagamento, o art. 72 da Lei nº 8.213/1991 dispõe que o salário-maternidade, para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa, consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral, sendo responsabilidade da empresa pagar tal verba à empregada gestante, efetivando-se a compensação (observando o disposto no art. 248 da Constituição Federal), quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

No que tange ao benefício devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o §3º do art. 72 da Lei 8.213/1091 dispõe expressamente que o salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social.

Sobre o montante a ser pago às demais seguradas, o art. 73 prevê o seguinte:

> Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá:(Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)
> I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)
> II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)
> III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

No caso da segurada empregada, verifica-se que a obrigação do pagamento do salário-maternidade é da própria empresa contratante.

Especificamente sobre tal segurada, o art. 97 do Decreto nº 3.048/1999 dispõe que:

> Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa. (Redação dada pelo Decreto nº 6.122, de 2007)
> Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Da simples leitura do artigo supracitado, podemos verificar que a legislação foi omissa ao não contemplar a hipótese de pagamento de salário-maternidade à gestante despedida sem justa causa, no curso de sua gravidez.

No intuito de justificarmos tal omissão, cabe trazer à baila o disposto no art. 241 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007, que, embora tenha sido pos-

teriormente revogado pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010, reflete com rara clareza o entendimento da Administração:

> Art. 241. O pagamento do salário-maternidade não pode ser cancelado, salvo se após a concessão forem detectados fraude ou erro administrativo.
> § 1º O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela Previdência Social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.
> § 2º Durante o período de graça a que se refere o art. 13 do RPS, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela Previdência Social.
> *§ 3º Considerando que a Constituição Federal no art. 10, inciso II, alínea "b" do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, observar-se-á as normas seguintes:*
> *I - a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade será da empresa, que deverá responder pelos salários do período;*
> *II - ocorrido o fato gerador dentro do período de manutenção da qualidade de segurada*, para a requerente cujo último vínculo seja de empregada deverá ser observado:
> a) tratando-se de dispensa por justa causa ou a pedido, o benefício será concedido pela Previdência Social, tendo em vista o parágrafo único, art. 97 do RPS;
> *b) tratando-se de dispensa arbitrária ou sem justa causa ocorrida no período entre a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o benefício não poderá ser concedido, considerando tratar-se de obrigação da empresa/empregador;*
> III - a requerente deverá assinar declaração específica com a finalidade de identificar a causa da extinção do contrato de trabalho;
> IV - havendo dúvida fundada, o servidor poderá encaminhar consulta à Vara do Trabalho local ou ao Tribunal Regional do Trabalho, solicitando informação sobre a existência de reclamatória trabalhista ajuizada pela requerente contra o empregador. (grifo nosso)

Da leitura do mencionado artigo, podemos concluir que, uma vez que a Constituição Federal no art. 10, inciso II, alínea "b", do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade será da empresa, que deverá responder pelos salários do período, nos termos dos artigos 391-A e 392 da CLT.

Tal conclusão é repisada no § 1º do art. 296 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, *in verbis*:

> Art. 296. O salário-maternidade será devido à segurada desempregada (empregada, trabalhadora avulsa e doméstica), para a que cessou as contribuições (contribuinte individual ou facultativa) e segurada especial, observando que:
> I - o nascimento da criança, inclusive em caso de natimorto, ou a guarda judicial para fins de adoção ou a adoção ou o aborto espontâneo, deverá ocorrer dentro do prazo de manutenção da qualidade de segurada previsto no art. 10; e
> II - o documento comprobatório para o requerimento do benefício é a certidão de nascimento do filho, exceto nos casos de aborto espontâneo, quando deverá ser apresentado atestado médico, e no de adoção ou guarda para fins de adoção, casos em que serão observadas as regras do art. 295.

> § 1º Não caberá ao INSS a responsabilidade pelo pagamento de salário-maternidade para a segurada empregada, nos casos de dispensa sem justa causa, quando esta se der durante a gestação.
> § 2º Para efeito do § 1º deste artigo, a requerente deverá assinar declaração específica com a finalidade de identificar a causa da extinção do contrato.
> § 3º Para efeito do disposto no *caput* o evento deverá ser igual ou posterior a 14 de junho de 2007, data da publicação do Decreto nº 6.122, de 2007.

A jurisprudência pátria também se filiava à tese de que não era devido pelo INSS o pagamento de salário-maternidade à empregada despedida sem justa causa, no curso da gestação, criando-se a figura de uma indenização a ser paga pelo empregador.

> EMPREGADA DOMÉSTICA - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - SALÁRIO -MATERNIDADE É devido o pagamento pelo reclamado da indenização substitutiva ao salário-maternidade em razão da despedida imotivada da empregada doméstica gestante vez que obstaculiza o recebimento do referido benefício via instituto de previdência.(TRT-20 207200500320007 SE 00207-2005-003-20-00-7, Data de Publicação: DJ/SE de 24/10/2005)

> DOMÉSTICA GESTANTE. DISPENSA POSTERIOR À LEI 11.324/06.ESTABILIDADE DEVIDA. DIREITO À INDENIZAÇAO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E DO PERÍODO DE ESTABILIDADE. A Lei 11.324, de 19.7.2006, veio acrescentar o artigo 4º - A à Lei 5.859/72 (que trata da profissão de empregado doméstico), tornando vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante, desde a concepção da gravidez até cinco meses após o parto. Assim, devida a indenização correspondente ao salário-maternidade e também do período de estabilidade vez que a empregadora dispensou-a quando grávida, obstando assim, o gozo da licença a que teria direito, e bem assim, a estabilidade provisória assegurada na lei. Recurso da reclamante ao qual por maioria se dá parcial. (TRT-2 , Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 10/11/2009, 4ª TURMA)

Em que pese tais entendimentos, é certo que a jurisprudência vem se modificando nos últimos anos, a fim de considerar o INSS responsável pelo pagamento de salário-maternidade, mesmo nas hipóteses de dispensa sem justa causa durante o curso da gravidez, vez que a cobertura do risco é dever constitucional da previdência social, obviamente resguardado o direito da Autarquia buscar posteriormente ressarcimento dos valores pagos junto ao empregador.

Com o devido acatamento às opiniões em contrário, a doutrina e a jurisprudência dominante caminham no sentido de que a vedação do pagamento do salário-maternidade por parte do INSS, no caso de dispensa sem justa causa, se demonstra irrazoável e se afasta totalmente da função social do benefício.

Nesse sentido, entendem, não há como desamparar mãe e filho em um momento tão delicado da vida de ambos, sob pena de agravar ainda mais a situação de injustiça sofrida pela segurada empregada, que já fora demitida sem justa causa, quando protegida pelo manto da estabilidade provisória. Destarte, não se mostraria correto punir a segurada empregada que já teve seu direito constitucional à estabilidade maculado.

Ainda nessa toada, considera-se que a figura da indenização paga pelo empregador, na Justiça do Trabalho, não se equipara ao objetivo do salário-maternidade, não podendo, portanto, ser considerada um substitutivo do mesmo. Obviamente, na grande maioria das vezes, tal valor somente é pago à gestante muito tempo após o parto, sendo certo que a segurada empregada grávida restará desamparada no momento em que mais precisa, qual seja no final da gestação e no período logo após o parto.

Portanto, embora o art. 97 do Decreto 3.048/1999 não inclua a hipótese de demissão sem justa causa, atendendo à proteção à maternidade (Constituição, artigo 201, inciso II), especialmente à gestante, não se pode privilegiar interpretação literal, em detrimento da finalidade social e individual do benefício do salário-maternidade. Destaque-se que, em tal situação, cabe ao INSS suportar diretamente o pagamento do salário-maternidade, não sendo razoável impor à empregada demitida buscar da empresa a satisfação pecuniária, quando, ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação.

Nessa esteira o Superior Tribunal de Justiça vem firmando sua jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. CABIMENTO NO CASO. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 267, V E DO ART. 467, DO CPC. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO. 1. Alegada violação do art. 535, II, do CPC rejeitada, pois o Tribunal *a quo* enfrentou os temas tidos por omissos, quais sejam, a legislação aplicável ao caso e a distribuição da verba honorária. 2. Relativamente à alegação de violação dos arts. 267, V e do art. 467, ambos do CPC, recai ao recurso especial a Súmula 284/STF, na medida que não foram desenvolvidas as razões de recorrer. 3. O salário-maternidade foi instituído com o objetivo de proteger a maternidade, sendo, inclusive, garantido constitucionalmente como direito fundamental, nos termos do art. 7º. da CF; assim, qualquer norma legal que se destine à implementação desse direito fundamental deve ter em conta o objetivo e a finalidade da norma. 4. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e data da ocorrência deste. 5. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, ao segurado que deixar de exercer atividade remunerada. 6. A segurada, ora recorrida, tem direito ao salário-maternidade enquanto mantiver esta condição, pouco importando eventual situação de desemprego. 7. O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão, que deve ser pago, no presente caso, diretamente pela Previdência Social. 8. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. 9. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.
> (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 21/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

Em relação ao termo inicial do salário-maternidade, verifica-se que é devido desde o requerimento administrativo (quando ocorrido antes do parto, até o limite de 28 dias), ou desde o dia do parto (quando o requerimento for posterior ao parto), por 120 dias, com parcelas, em conformidade com o estabelecido nos arts. 72 e 73 da Lei nº 8.213/91, assegurado o valor do salário-mínimo da época em que devidas, em consonância com o art. 73 da Lei nº 8.213/91.

Do caso concreto

Pelo que se infere dos autos, a autora exerceu atividade laboral, na qualidade de empregada urbana, e para fazer jus ao benefício, deve comprovar a maternidade, em regra, e a qualidade de segurada da Previdência à época da gestação/parto.

A Certidão de Nascimento (fl. 10) comprova o nascimento da filha da autora, em

07.01.2014.

Para a comprovação do efetivo trabalho urbano, apresentou cópia da CTPS (fl. 12), que demonstra o vínculo empregatício, contemporâneo à gestação, no período de 17.10.2011 a 02.01.2014. Portanto, a qualidade de segurada da parte autora foi mantida até 15.03.2015, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91, evidenciando que a detinha à época do parto.

A parte autora não pode ser prejudicada pelo fato do empregador ter recolhido suas contribuições somente até 10.2013 (pesquisa CNIS).

Ademais, para os vínculos não constantes do CNIS, mas anotados na CTPS, devemos ressaltar que gozam de presunção de veracidade *iuris tantum*, conforme o enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo dever legal exclusivo do empregador o recolhimento das contribuições previdenciárias ao Instituto, com o respectivo desconto da remuneração do empregado a seu serviço, por ser ele o responsável pelo repasse aos cofres da Previdência, a quem cabe efetuar a fiscalização, possuindo, inclusive, ação própria para haver o seu crédito, podendo exigir do devedor o cumprimento da legislação.

A alegação da Autarquia ré não merece prosperar. Conforme visto, o C. STJ mudou entendimento no tocante à dispensa arbitrária, ressaltando-se que ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação.

Assim, o conjunto probatório dos autos é suficiente para demonstrar que a autora faz jus ao benefício pleiteado, visto que comprovada a qualidade de segurada, à época do parto, indicando, outrossim, cumprimento dos dispositivos aplicáveis à espécie.

Desta maneira, a Autarquia deve conceder o benefício do salário-maternidade à autora, a partir da data do parto (considerando que não houve o requerimento administrativo antes do parto, até o limite de 28 dias), numa renda mensal igual a sua remuneração integral, assegurado o valor do salário mínimo vigente à época, nos termos do art. 73 da Lei nº 8.213/91. O benefício deverá ser pago por um período de 120 dias, nos termos da legislação em vigor (artigo 71 da Lei nº 8.213/1991).

No tocante à correção monetária, deverá ser observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Com relação à aplicação dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.960/2009 à correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, em razão da inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da referida lei, quando do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, o Ministro Luiz Fux, assim se manifestou acerca do reconhecimento da repercussão geral no RE nº 870.947:

> Ainda que haja coerência, sob a perspectiva material, em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios e condenações judiciais da Fazenda Pública, é certo que o julgamento, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos.
> Manifesto-me pela existência da repercussão geral da seguinte questão constitucional:
> A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Desse modo, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 870.947 é de rigor a aplicação da Lei nº 11.960/2009 na correção monetária incidente sobre as condenações impostas à Fazenda Pública.

Assim, os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, sem prejuízo da aplicação da legislação superveniente, observando-se, ainda, quanto à correção monetária, o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral reconhecida no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Os honorários advocatícios devem ser reformados para o percentual de 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. Sentença, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 e a regra da Súmula nº 111 do C. STJ, bem como do entendimento da Terceira Seção (Embargos Infringentes nº 0001183-84.2000.4.03.6111, julgado em 22.09.2011).

Em relação à isenção de custas, cabe observar que, nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento das custas quando lei estadual específica prevê a isenção.

Neste sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REVALORAÇÃO DE PROVAS PELO STJ. POSSIBILIDADE. INSS. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. JUSTIÇA ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 178/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIMITAÇÃO NOS TERMOS DA SÚMULA 111/STJ. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º - F DA LEI Nº 9.494/97. JUROS MORATÓRIOS. ÍNDICE APLICÁVEL À CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC.
> Agravo regimental em que o INSS sustenta: (a) impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório pelo STJ para fins de concessão de benefício, ante o óbice da Súmula 7/STJ; (b) estar isento do pagamento de custas na Justiça Estadual; (c) no cálculo dos honorários advocatícios deve incidir a Súmula 111/STJ; (d) os juros de mora e correção monetária devem ser calculados com observância do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. 2. Em situações específicas, como a dos autos, evidencia-se a necessidade da revaloração dos documentos juntados com a inicial a fim de se apurar o início de prova material da condição segurado trabalhador rural. Precedentes: AgRg no REsp 1342560/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/03/2014; AgRg no REsp 1324819/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012; AgRg no REsp 1088905/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 15/03/2013; EREsp 441.958/CE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, DJ 05/09/2005. 3. *"Esta Corte Superior, partindo da premissa de que a lei federal somente tem o condão de isentar o INSS das custas federais, sumulou o entendimento de que, não havendo lei local em sentido contrário, o INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual (Súmula 178/STJ) (REsp 1.039.752/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 25/8/2008)"*. 4. Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data de publicação do decisum que reconheceu o direito pleiteado. Inteligência da Súmula 111/STJ. 5. No julgamento dos EDcl no REsp nº 1.379.998/RS (DJe de 08/11/2013), Rel. Min. Sérgio Kukina, a Primeira Turma manifestou- se a respeito dos juros de mora, assentando o entendimento de que devem corresponder aos juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.960/09, pois, no ponto, o dispositivo não

sofreu os efeitos do julgamento da ADI nº 4.357/DF. 6. A declaração de inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09 (ADI nº 4.425/DF) impõe que se fixe o INPC como índice de correção monetária nas demandas que tratam de benefícios previdenciários diante de previsão específica no artigo 41-A da Lei nº 8.213/91. Nesse sentido, confiram-se: AgRg no AREsp 27.222/SC, AgRg no AREsp 30.719/SC, AgRg no AREsp 35.492/SC, AgRg no AREsp 39.890/SC, todos da relatoria do Ministro Ari Pargendler, DJe de 12/5/2014; e AgRg no REsp 1.423.360/PB, relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 19/5/2014. 7. Agravo regimental parcialmente provido.
(AgRg no AREsp nº 301238 CE 2013/0046870-7, Ministro BENEDITO GONÇALVES, T1-PRIMEIRA TURMA, Julgamento: 23.10.2014, DJe 04.11.2014- grifei)

Considerando a legislação estadual de São Paulo, especificamente, o art. 6º da Lei nº 11.608/03, com alteração da Lei nº 14.838/12, deve ser isenta das custas a Autarquia federal.

Posto isto, em consonância com o art. 1.013, § 1º, do CPC/2015, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação Autárquica*, nos termos expendidos na fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0034913-03.2016.4.03.9999
(2016.03.99.034913-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: BRYAN HENRIQUE SOUSA LOURENÇO (incapaz) E ANA JULYA SOUSA LOURENÇO (incapaz)
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BEBEDOURO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: ApelReex 2197041
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO EMPREGADO NA DATA DO ENCARCERAMENTO. NÃO ULTRAPASSADO O LIMITE LEGAL PARA O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO, CONSIDERADA A ÚLTIMA REMUNERAÇÃO INTEGRAL DO RECLUSO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.
- São requisitos para a concessão do auxilio-reclusão aos dependentes do segurado de baixa renda a qualidade de segurado do recluso, a dependência econômica do beneficiário e o não recebimento, pelo recluso, de remuneração, auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.
- O auxílio-reclusão é benefício que independe do cumprimento de carência, à semelhança da pensão por morte, nos termos da legislação vigente à época da reclusão.
- Comprovada a reclusão por meio de certidão de recolhimento prisional.
- O STF, em repercussão geral, decidiu que a renda do segurado preso é a que deve ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão e não a de seus dependentes ((RE 587365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, j. 25-03-2009).
- O recluso mantinha vínculo empregatício na data do encarceramento. A CTPS informa o vínculo empregatício em 06/08/2014, com remuneração de R$ 1.034,00.
- Nos termos da Instrução Normativa do INSS nº 20/2007, alterada pela de nº 45/2010 (art. 334), para ter direito ao benefício, a renda mensal do recluso deveria ser inferior a R$ 1.025,81 (art. 13 da EC 20/98). Daí a alegação constante na inicial, de que o limite para o recebimento teria sido ultrapassado em valor ínfimo.
- O último salário-de-contribuição constante em CTPS não foi integral. O valor integral não daria direito ao benefício.
-Porém, se considerado o valor efetivamente pago, relativo à remuneração parcial (R$ 869,36, segundo informações do sistema CNIS/Dataprev de fls. 59, remuneração de 6 a 20/08, dia anterior à reclusão), a autora tem direito ao benefício. Além disso, o vínculo empregatício anterior do recluso foi de 28/10/2013 a 28/11/2013, com remuneração de R$ 660,92 (o limite vigente à época, para a concessão do benefício, era de R$ 971,78).
- Devido o benefício, tendo em vista que o último salário de contribuição não ultrapassa o mínimo legal.
- Os consectários legais são fixados conforme decidiu o STF na Repercussão Geral 810 (RE 870.947/SE).

- As parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente na forma das Súmulas 8 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.
- Os juros moratórios incidirão em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.
- As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.
- A execução do julgado (art. 100 da CF/88) deverá observar a modulação dos efeitos determinada em 25.03.2015 pelo STF.
- Apelação e remessa oficial improvidas.

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação proposta por Bryan Henrique e Ana Julya, menores representados por sua mãe, contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando a concessão de auxílio-reclusão.

Davi Ricardo Lourenço, pai dos autores, foi recolhido à prisão em 21/08/2014. Era o mantenedor da família que, por isso, passa por dificuldades financeiras.

Com a inicial, junta documentos.

Homologada a desistência em relação ao autor Bryan, julgado extinto o feito nos termos do art. 267, VIII, do CPC/1973, foi determinado o prosseguimento da ação somente em relação à autora Ana Julya.

Citado, o INSS contestou o pedido.

Após a manifestação do MPF, o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, concedendo o benefício e tornando definitiva a liminar anteriormente deferida. Verba honorária fixada em 10% do valor das parcelas vencidas até a data da sentença.

Sentença submetida ao reexame necessário, prolatada em 21/03/2016.

O INSS apelou, pleiteando a improcedência do pedido. Se vencido, requer a aplicação da correção monetária e dos juros nos termos da Lei 11.960/2009.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O recurso do INSS é tempestivo, ora recebido no efeito previsto no CPC/2015.

Os dependentes do segurado de baixa renda têm direito ao auxílio-reclusão, na forma do art. 201, IV, da CF/88. Para a concessão do benefício, é necessário comprovar a qualidade de segurado do recluso, a dependência econômica do beneficiário e o não recebimento, pelo recluso, de remuneração, auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91.

O auxílio-reclusão é benefício que independe do cumprimento de carência, à semelhança da pensão por morte, nos termos da legislação vigente à época da reclusão.

A reclusão foi comprovada pela certidão de recolhimento prisional.

O STF, em repercussão geral, decidiu que a renda do segurado preso é a que deve ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão e não a de 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.
> Decisão
> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Senhores Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Hélio Pinto Ribeiro de Carvalho Júnior e, pela interessada, o Dr. Antônio de Maia e Pádua, Defensor Público da União. Plenário, 25.03.2009. (RE 587365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, j. 25-03-2009).

O recluso mantinha vínculo empregatício na data do encarceramento, tem, por isso, a qualidade de segurado.

A CTPS informa que iniciou vínculo empregatício em 06/08/2014, como auxiliar de pro-

dução na empresa Louis Dreyfuss C. Agroindustrial Ltda, constando como remuneração, na CTPS, o valor de R$ 1.034,00.

Nos termos da Instrução Normativa do INSS nº 20/2007, alterada pela de nº 45/2010 (art. 334), para ter direito ao benefício, a renda mensal do recluso deveria ser inferior a R$ 1.025,81 (art. 13 da EC 20/98). Daí a alegação constante na inicial, de que o limite para o recebimento teria sido ultrapassado em valor ínfimo.

O último salário de contribuição constante em CTPS não foi integral.

Considerado o valor anotado na CTPS, não haveria como conceder o benefício.

Porém, se considerado o valor efetivamente recebido pelo segurado, relativo à remuneração parcial (R$ 869,36, segundo informações do sistema CNIS/Dataprev de fls. 59, remuneração de 6 a 20/08, dia anterior à reclusão), a autora tem direito ao benefício.

Além disso, há que se considerar que o vínculo empregatício anterior do recluso foi de 28/10/2013 a 28/11/2013 na PDCA Engenharia e Construções Ltda, com remuneração de R$ 660,92 (limite vigente à época, para a concessão do benefício, estava fixado em R$ 971,78).

Assim, devido o benefício, tendo em vista que o último salário de contribuição não ultrapassa o mínimo legal.

Os consectários legais são fixados conforme decidiu o STF na Repercussão Geral 810 (RE 870.947/SE).

As parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente na forma das Súmulas 8 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios incidirão em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

A execução do julgado (art. 100 da CF/88) deverá observar a modulação dos efeitos determinada em 25.03.2015 pelo STF.

NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

Direito Processual Civil

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0046896-72.2011.4.03.9999
(2011.03.99.046896-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ZILDA PEREIRA DE SOUZA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ESTRELA D'OESTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: ApelReex 1698989
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 543-C, §7º, II, DO CPC/73 (ART. 1.040, II, CPC/2015). RESP 1.401.560/MT. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RETRATAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.
1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.401.560/MT, firmou a tese de que "A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.".
2. Juízo de retratação positivo. Agravo legal 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, em juízo de retratação positivo, dar provimento ao agravo legal do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Cuida-se de juízo de retratação previsto no inciso II do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil/73, regra atualmente disciplinada no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, considerando a decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.401.560/MT, representativo de controvérsia, que assentou o entendimento no sentido de que a reforma do provimento que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional obriga o autor da ação a devolver os valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, inclusive quando tal ato se deu de ofício.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

O julgado representativo de controvérsia que ensejou o retorno dos autos a esta relatoria firmou a tese de que: "A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.".

No caso dos autos, foi dado provimento à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para julgar improcedente o pedido inicial de concessão de benefício previdenciário. Contudo, restou consignada a desnecessidade da devolução dos valores indevidamente recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, considerando a natureza alimentar da verba.

Inconformado, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpôs agravo legal pugnando unicamente pela reforma da decisão no tocante à exigibilidade da devolução de tais valores, tendo sido negado provimento ao recurso por esta Sétima Turma.

Dessa forma, verifico que a decisão colegiada está em confronto com a orientação firmada no REsp nº 1.401.560/MT, representativo de controvérsia, sendo de rigor a sua reforma.

Ante o exposto, com fulcro no inciso II do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil/73, regra atualmente disciplinada no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, exerço juízo de retratação positivo para DAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL DO INSS para determinar ao apelado a devolução dos valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário pagos em razão de decisão que antecipou os efeitos da tutela.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001883-16.2013.4.03.6140
(2013.61.40.001883-0)

Apelante: MARIA ALICE ALKMIM MENEZES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AC 2083278
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. IMPLANTAÇÃO ADMINISTRATIVA. VALORES PAGOS. SEM REFLEXO NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. ART. 23 DA LEI Nº 8.906/94. TESE CONSAGRADA NO NOVO CPC (ART. 85, *CAPUT* E §14º). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO EM INSTÂNCIA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ART.85, *CAPUT* E §§ 1º E 11, CPC/2015. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ART. 98, §3º, CPC/2015. *REFORMATIO IN PEJUS*. PROVIMENTO DO RECURSO. FIXAÇÃO DO VALOR DEVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.

Os valores pagos na via administrativa, por força da implantação administrativa do benefício concedido neste pleito (pensão por morte), devem ser compensados na execução, sem, no entanto, interferir na base de cálculo dos honorários advocatícios, que, no caso, corresponde à totalidade das prestações vencidas até a data de prolação da sentença, na forma da Súmula 111/STJ (13/5/2008).

Os valores implantados e recebidos pelo segurado somente a ele se referem, não causando reflexo nos honorários advocatícios fixados na fase de conhecimento, por constituir-se em direito autônomo do advogado, a afastar o vínculo de acessoriedade em relação ao crédito exequendo e à pretensão de compensação (art. 23, Lei 8.906/94).

Esta tese está consagrada no novo Diploma Processual Civil, cujo artigo 85, *caput* e § 14º, estabelece que "Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.".

Sucumbência mantida, na forma da r. sentença recorrida, ante a impossibilidade de majoração dos honorários advocatícios em instância recursal (art. 85, §§1º e 11, CPC/2015), porque o INSS sucumbiu de parte mínima do pedido, mas não interpôs recurso. Ademais o segurado é beneficiário de assistência judiciária gratuita, pelo que suspensa a exigibilidade de cobrança dos honorários advocatícios decorrente da sucumbência (art. 98, §3º, CPC/2015).

Com isso, observa-se o princípio da *reformatio in pejus*, o qual veda a majoração da condenação aplicada ao recorrente, caso não seja interposto recurso a esse título pela parte contrária.

Provimento do recurso do embargado.

Sentença reformada parcialmente, somente para fixar o total devido a título de honorários advocatícios da fase de conhecimento, conforme cálculos que integram esta decisão.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo embargado, em face da sentença de f. 19/vº, que julgou *parcialmente* procedentes estes embargos, para acolher os cálculos elaborados pela contadoria do Juízo, no total de 1.375,12, atualizado para a data de maio de 2012. Não houve condenação em honorários advocatícios, em virtude de ser o embargado beneficiário de assistência judiciária gratuita e de ter havido sucumbência recíproca.

Em síntese, busca a reforma da r. sentença recorrida, tão somente para que os honorários advocatícios fixados na fase de conhecimento sejam apurados na forma do *decisum*, sem qualquer compensação com os valores pagos administrativamente. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Ao contra-arrazoar o recurso (f. 28/29), o INSS pugna para que não seja conhecido o recurso autoral, pois intempestivo, pelo que carreado aos embargos após a data de 31/3/2015, tendo sido certificado o decurso do prazo. No mérito, busca a prevalência da r. decisão recorrida.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): A questão posta refere-se à possibilidade de apuração dos honorários advocatícios fixados no processo de conhecimento, sem a compensação com os valores pagos na esfera administrativa, sob o título de pensão concedida neste pleito.

Inicialmente, *afasto* a preliminar de intempestividade aduzida pelo INSS em sede de contrarrazões, pois o Juízo "a quo" reconsiderou o decurso do prazo recursal certificado, por ter havido "erro material da parte, ao fazer referência no recurso de apelação aos autos principais ao invés dos autos dos embargos.". Bem por isso, o magistrado de origem recebeu a apelação em ambos os efeitos e determinou à Secretaria "o desentranhamento da petição de fls. 132/135, encartando-a nos presentes embargos.".

Passo então à análise da questão posta no recurso do segurado.

Buscou a parte autora, ora embargada, o pagamento de pensão por morte previdenciária, desde a data do óbito do seu instituidor em 25/6/2006, o que lhe foi deferido na r. sentença

prolatada na fase de conhecimento, na data de 13/5/2008, com o acréscimo das demais cominações legais.

Esta Corte, em decisão prolatada em 7/5/2011, manteve a r. sentença, pelo que não conheceu da remessa oficial e deu parcial provimento ao recurso interposto pelo INSS, para fixar a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com limite de apuração na data de prolação da r. sentença (Súmula 111/STJ); no mais, somente explicitou o critério de correção monetária e juros de mora, antecipando-lhe a tutela jurídica.

Foi então certificado o trânsito em julgado na data de 8 de julho de 2011.

Cinge-se a controvérsia quanto ao prosseguimento da execução relativa aos honorários advocatícios fixados no processo de conhecimento, devendo ser levado em linha de conta que houve implantação do benefício autorizado nesta demanda, com efeito retroativo desde 2/8/2006.

Dito isso, *com razão* o embargado.

Em se tratando do direito perseguido nesta demanda, os valores implantados na esfera administrativa *não* poderão ser subtraídos da base de cálculo dos honorários advocatícios.

De fato, os valores pagos na via administrativa devem ser compensados na execução, sem, no entanto, interferir na base de cálculo dos honorários advocatícios que, no caso, corresponde à totalidade das prestações vencidas até a data de prolação da r. sentença (13/5/2008).

Confira-se:

> (...) para efeito de cálculo dos honorários advocatícios, devem ser incluídas as parcelas percebidas por força de tutela antecipada, uma vez que posterior decisão definitiva tem o condão de corroborar aquele provimento proferido em sede de cognição sumária, sem perder a essência de provimento condenatório (...) os valores pagos em atendimento à tutela antecipada devem integrar a base de cálculo dos honorários advocatícios, uma vez que compõem o quantum devido, confirmado posteriormente em decisão definitiva (...)
> (Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Proc.: 2005.03.99.037086-7, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, 08/10/2010, monocrática)

Na contramão desse entendimento, a conta acolhida, elaborada pelo contador do Juízo, a qual subtraiu a base de cálculo dos honorários advocatícios do montante recebido.

Ora, não há como manter referido cálculo, porque o crédito devido ao segurado, à vista de sua implantação na via administrativa, nada conflita com os honorários advocatícios devidos ao patrono do exequente.

Afinal, os honorários advocatícios - por expressa disposição legal contida no artigo 23 da Lei nº 8.906/94, não obstante, em grande parte dos casos, tenham por base de cálculo a condenação - são direito autônomo do advogado, o que lhes afasta do vínculo com o crédito exequendo.

Nesse sentido, as decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO CAUSÍDICO. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO EM NOME DO ADVOGADO. ART. 23 da lei nº 8.906/94. 1. A regra geral, insculpida no art. 23 do Estatuto da OAB, estabelece que "os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor". 2. Os honorários, contratuais e de sucumbên-

cia, constituem direito do autônomo do advogado, que não pode ser confundido com o direito da parte, tal como dispõe a Lei nº 8.906/94. 3. Assim, não se pode considerar que a referida verba seja acessório da condenação. 4. De fato os honorários, por força de lei, possuem natureza diversa do montante da condenação, ensejando em si força executiva própria, dando a seus titulares a prerrogativa de executá-los em nome próprio, sem contudo violar o disposto no art. 100, § 4º, da Constituição. Agravo regimental provido. (AGRESP 201002056579, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. ART. 23 DA LEI 8.906/1994. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a verba honorária sucumbencial é direito autônomo do procurador, nos termos do art. 23 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), podendo ele executar a sentença nessa parte, ou requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (AGARESP 201202419654, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:07/03/2013)

Ante o aqui decidido, prejudicado o prequestionamento suscitado pelo embargado em seu recurso.

Nesse passo, impõe-se o refazimento dos cálculos, para que os honorários advocatícios sejam elaborados em conformidade com o *decisum*.

Dessa feita, devidos os *honorários advocatícios* no valor de *R$ 2.360,38*, atualizado para a data de maio de 2012, em detrimento do valor a esse título acolhido, *na forma dos cálculos que integram esta decisão*.

Quanto à sucumbência, imperioso manter a disciplina determinada na sentença, que entendeu "Sem custas e honorários em face da justiça Gratuita e da sucumbência recíproca", porque, tendo o embargado totalizado R$ 83.253,42, em detrimento do montante apurado pelo INSS - R$ 1.326,14, a proximidade deste último cálculo com o valor devido atrai a sucumbência mínima da autarquia.

Assim, prevalece a r. sentença recorrida, a qual deixou de condenar o embargado aos honorários advocatícios em razão da sucumbência, por ser ele beneficiário de assistência judiciária gratuita, não se afigurando possível majorar-se a condenação em honorários de advogado em instância recursal, quando tratar-se de recurso interposto contra decisão prolatada antes de 18/3/2016 (Enunciado Administrativo nº 7 do STJ), não podendo incidir ao presente caso a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do novo CPC, evitando-se a surpresa, com o que se evitará a *reformatio in pejus*.

Diante do exposto, e, nos termos desta decisão, d*ou provimento à apelação*, para *fixar* os honorários advocatícios devidos na ação de conhecimento em R$ 2.360,38, atualizado para a data de maio de 2012, na forma dos cálculos que integram esta decisão. Afastada a preliminar aventada pelo INSS em sede de contrarrazões.

Diante da sucumbência mínima do INSS, e, não tendo o INSS requerido a condenação do embargado aos honorários advocatícios da sucumbência, deve ser mantida a r. sentença recorrida neste ponto, porque vedada sua majoração em instância recursal, além do que o embargado é beneficiário de assistência judiciária gratuita, tendo sua exigibilidade suspensa (arts. 85, §§ 1º e 11, e 98, §3º, CPC/2015), com o que se evitará o *reformatio in pejus*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA
0030311-27.2015.4.03.0000
(2015.03.00.030311-3)

Impetrante: CAMIL ALIMENTOS LTDA.
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL VICE PRESIDENTE DO TRF 3 REGIÃO
Litisconsorte Passiva: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21 VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: MS 360364
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2017

DECISÃO

Mandado de segurança contra ato da Desembargadora Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, de seguinte conteúdo (fls. 317/318):

Vistos.
Cuida-se de agravo regimental interposto por Camil Alimentos S/A contra decisão proferida por esta Vice-Presidência a resolver questão incidental, consubstanciada na inexequibilidade do acórdão prolatado neste mandado de segurança, enquanto não transitar em julgado a sentença, em face do art. 170-A do CTN.
Pugna o recorrente pela retratação da decisão agravada ou pelo recebimento como agravo regimental para julgamento nesta Corte.
Decido.
Por primeiro, anoto que a mera decisão singular a resolver questão incidental do processo, surgida na pendência do recurso excepcional interposto, à luz do Regimento Interno desta Corte, não autoriza a impugnação por meio da interposição de agravo interno ou regimental.
Vale lembrar, no ponto, que não há previsão regimental para a impugnação de decisões da Vice-Presidência por meio de agravo interno, exceto na hipótese de negativa de seguimento a recurso excepcional ao fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com o paradigma julgado na sistemática dos recursos representativos de controvérsia (arts. 543-B e/ou 543-C, do CPC), por construção jurisprudencial em recente pronunciamento do STF (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/02/2010) e do STJ (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599, Corte Especial, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011).
Somente cabível o agravo interno/regimental para impugnar decisão proferida pelo Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator (RITRF3, art. 250).
A irrecorribilidade da decisão impugnada, portanto, é a conclusão que exsurge ante o ordenamento posto, ressalvando-se ao interessado a possibilidade de reversão do provimento ora atacado por meio de ação própria.
Nessa toada, recebo a presente impugnação como pedido de reconsideração e o faço para manter hígida a decisão atacada.
Consigno, finalmente, que já efetivado o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, de forma que cessou a competência desta Vice-Presidência para a análise das infindáveis (e infundadas) manifestações da contribuinte, que está indevidamente obstando o regular processamento do agravo nos próprios autos, já manejado pela União.
Ante o exposto, *não conheço do agravo regimental* de fls. 1030/1044, *recebendo a presente impugnação como pedido de reconsideração*, o qual indefiro, mantendo a decisão hostilizada pelos seus próprios fundamentos.

Processe-se o agravo interposto pela União às fls. 997/1009, para imediata remessa dos autos ao STJ.
Int.
São Paulo, 17 de novembro de 2015.

Sustenta-se, resumidamente, que "diante da referida decisão tem-se a presença de dois atos coatores distintos, o primeiro de ordem processual, em razão do não conhecimento do Agravo Regimental, em que pese cabível à espécie, e o segundo de ordem material, em razão da inovação ao julgamento do mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, aplicando a limitação prevista no art. 170-A do CTN, embora não aplicável ao caso" (fl. 07), razão pela qual pugna-se "seja afastado o ato judicial ora combatido (que restringiu os efeitos práticos das decisões), determinando a imediata intimação da União Federal para que comprove o efetivo cumprimento das decisões proferidas" (fl. 09).

A tanto, "não existem dúvidas acerca da certeza do direito invocado, uma vez que as decisões proferidas no Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100/SP garantiram à Impetrante o direito em ter concluído os seus pedidos de ressarcimento, transmitidos nos meses de junho e julho de 2005, março, outubro e agosto de 2006 e novembro de 2007, dentre estes o pedido de ressarcimento nº 40583.01801.281107.1.1.11-0154 (PA nº 16349.000033/2008-14), e, em caso de decisão administrativa favorável, fosse efetivado o ressarcimento dos créditos (deferidos administrativamente), com a devida atualização monetária pela taxa Selic, desde a data dos protocolos dos pedidos, bem como fosse afastada a compensação de ofício com débitos objeto de parcelamento", sendo que "em relação ao argumento de que as decisões proferidas no mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, ainda são objeto de recurso por parte da União Federal, insta destacar que o Código de Processo Civil, prevê como regra o recebimento dos recursos apenas no efeito devolutivo" (fls. 13/14).

Daí que "ante a negativa da prestação jurisdicional da Exma. Des. Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em atender o pedido da Impetrante, para determinar à União Federal a comprovação do cumprimento das decisões proferidas no mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, aplicando, *data maxima venia*, equivocadamente o teor do art. 170-A do CTN, inovando no julgamento da Sexta Turma deste E. Tribunal, em descumprimento à legislação aplicável ao aludido procedimento aplicável ao mandado de segurança, configurada está a violação ao direito líquido e certo da Impetrante" (fl. 14).

Quanto aos "requisitos para a concessão da medida liminar", no dizer da impetrante, "o fundamento relevante afere-se da demonstração suficiente de todos os fatos, a partir dos quais se pretende a liminar, no sentido de determinar que a União Federal comprove o efetivo cumprimento das decisões proferidas no Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, as quais reconheceram o direito líquido e certo da Impetrante em ter concluído os processos de ressarcimento com a efetiva disponibilização dos créditos corrigidos pela Taxa Selic, a incidir desde o protocolo dos pedidos, inclusive, afastando o procedimento de compensação de ofício com débitos suspensos nos termos do art. 151 do CTN", eis que, "como se pode verificar através dos documentos juntados em anexo, embora se tenha obtido decisões favoráveis, até a presente data, Impetrante não obteve o devido cumprimento das decisões, sendo que quando requerida a intimação da União Federal para que comprovasse o integral cumprimento do julgado, a Exma. Des. Federal Vice-Presidente do TRF da 3ª Região, indeferiu o pedido, aplicando limitação não prevista nas decisões proferidas (art. 170-A do CTN)" (fl. 15).

O *periculum in mora*, a seu turno, também em apertada síntese, advém da alegada

"situação em que se encontra a impetrante", em que "se vê obrigada a reduzir custos e recuar suas operações, deixando de investir em mão de obra, tecnologia e novos produtos e, consequentemente deixando de produzir mais empregos, quando em verdade, possui significativo crédito pendente de ressarcimento perante a Receita Federal do Brasil, crédito que poderia auxiliar a Impetrante neste momento de crise, ajudando a reduzir suas contas em meio às relevantes quedas e recuos registrados no varejo" (fl. 17).

Requer-se, pois, o deferimento do pleito liminar "para afastar o ato judicial que negou conhecimento ao Agravo Regimental interposto pela Impetrante nos autos do mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, contra decisão proferida pelo(a) Vice-Presidente deste E. Tribunal, determinando o seu processamento para que seja remetido à apreciação e reforma pelo Órgão Especial deste E. Tribunal", e, "subsidiariamente, caso entendam Vossas Excelências pela irrecorribilidade da decisão atacada, requer seja afastado o ato judicial consignado pela Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Vice-Presidente deste E. Tribunal, ante a inaplicabilidade do art. 170-A do CTN ao presente caso, conforme amplamente demonstrado, determinando a intimação da União Federal para que comprove efetivamente o cumprimento das decisões proferidas nos autos do mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, as quais determinam a efetiva conclusão dos processos administrativos, o que somente ocorrerá com a complementação do ressarcimento dos créditos tributários, inclusive com a correção monetária pela Taxa Selic; bem como do crédito reconhecido administrativamente, por meio do processo nº 16349.000033/2008-14" (fls. 26/27).

Informações solicitadas (fl. 353) e encaminhadas (fls. 356/358).

Deferido o pleito de concessão de medida liminar, nos termos abaixo transcritos (fls. 365/370):

> Conforme registrado na inicial do presente *mandamus*, "a impetrante ajuizou, em 21/01/2008, o mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, perante a Justiça Federal de São Paulo, contra ato ilegal do Ilmo. Delegado de Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP, objetivando determinação liminar para que a autoridade fiscal procedesse à análise e emitisse uma resposta acerca dos Pedidos Administrativos de Ressarcimento de PIS/Cofins, transmitidos pela impetrante nos meses de junho e julho de 2005, março, outubro e agosto de 2006 e novembro de 2007 e, em caso de decisão administrativa favorável, fosse determinado o efetivo ressarcimento dos créditos (deferidos administrativamente), com a devida atualização monetária pela taxa Selic, desde a data dos protocolo dos pedidos, bem como fosse afastada a compensação de ofício com débitos objeto de parcelamento".
> Deferida a medida liminar pelo juízo da 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo (fls. 101/105) e apreciados os requerimentos ali deduzidos, a autoridade fiscal emitiu "despachos decisórios com o reconhecimento parcial da legitimidade dos créditos", sobrevindo sentença concessiva da ordem pleiteada (fls. 111/119).
> Interposto recurso de apelação pela União Federal, "a Sexta Turma deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu, por unanimidade, acompanhar o Voto do Exmo. Relator Des. Mairan Maia, para não conhecer de parte da apelação e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, assim como à remessa oficial (...)" (fls. 144/145).
> Deduzido pleito pela impetrante, no bojo do feito originário, a requerer "que [a União] comprove nos autos, no prazo máximo de 5 dias, o cumprimento integral da decisão acima colacionada que manteve a Sentença concedida e determinou a *finalização da análise dos pedidos administrativos de ressarcimento formulados pela ora Requerente com a aplicação da taxa SELIC, a incidir desde a data do protocolo dos pedidos* e, via de consequência, o efetivo ressarcimento à Requerente do saldo credor remanescente" (destaques no original - fl. 149), sobreveio apreciação nos termos abaixo pelo Juiz Federal Convocado Marcelo Aguiar (fl. 150):

"Fls. 808/810 - Desnecessária a expedição de ofício. A autoridade impetrada já tem ciência da sentença concessiva, conforme consta dos autos.
Prossiga-se, com a intimação da apelante.
Intime-se.
São Paulo, 07 de agosto de 2012."
O pedido de reconsideração apresentado (fls. 152/154) restou assim decidido pelo Desembargador Federal Mairan Maia (fl. 155):
"Vistos.
Intime-se nos termos da legislação de regência a União Federal do Acórdão prolatado no julgamento da Colenda 6ª Turma. Int.
São Paulo, 23.08.2012"
Requerida novamente "a intimação da União para comprovação do cumprimento da decisão judicial, no prazo máximo de 5 dias" (fl. 157), sucederam-se a rejeição pela 6ª Turma dos embargos de declaração manejados pelo ente público (fls. 158/165) e consequente interposição de recurso especial pela Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região (fls. 167/218).
Nesse ínterim, tornou-se à carga, agora perante a Vice-Presidência, no sentido de que "A ora Requerente peticionou nos autos, requerendo a intimação da impetrada, *acerca do cumprimento da decisão que determinou a finalização da análise dos pedidos administrativos de ressarcimento formulados pela Impetrante, com a aplicação da taxa SELIC, a incidir desde a data do protocolo dos pedidos*, a qual foi confirmada em sede de apelação. Contudo, data máxima vênia, até a presente data não houve qualquer manifestação acerca dos requerimentos da Impetrante, apresentados em 27/07/2012 (fls. 808/810), 17/08/2012 (fls. 814/816) e 11/10/2012 (fls. 828), de forma que, reitera os pedidos anteriormente realizados, *para que a Impetrada seja intimada a comprovar o efetivo cumprimento da decisão proferida nos autos, a qual permanece válida e exigível*" (fl. 219).
Após manifestação da União Federal (fls. 222/223) e réplica da impetrante, (fls. 226/228), tudo se passou exatamente consoante registrado nas informações enviadas pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, então Vice-Presidente, *in verbis* (fls. 356/358):
"(...) enquanto os autos aguardavam o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, a impetrante noticiou o descumprimento da sentença mantida pelo acórdão vergastado pelo recurso excepcional. Instada, manifestou-se a Fazenda no sentido de que parte dos requerimentos da impetrante não estavam acobertados pela sentença e que, além disso, o art. 170-A, do CTN vedaria a compensação de créditos antes do trânsito em julgado da sentença que os reconheceu. Em acréscimo, sustentou que o acórdão deu tratamento jurídico inadequado ao caso, dado que os créditos da impetrante são meramente escriturais, não comportando atualização pela Taxa SELIC.
Diante do impasse, e considerada a pendência do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, para que não se alegasse negativa de prestação jurisdicional, proferi decisão reconhecendo que o aproveitamento dos créditos ficaria condicionado ao trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 170-A do CTN e, assim, por ora, não haveria providências destinadas à imediata exequibilidade da sentença.
Ato imediatamente contínuo, efetivei o juízo de admissibilidade do recurso especial da União, inadmitindo-o.
Consigno que, mesmo após a efetivação do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, o que fez cessar a competência desta Vice-Presidência para análise das petições apresentadas, a impetrante, a pretexto da existência de vícios no *decisum* que postergou o início da execução do julgado para depois do seu regular trânsito, opôs embargos de declaração, os quais, necessariamente, deveriam ser apreciados antes de se remeter os autos para os tribunais superiores para apreciação do agravo de instrumento que já havia sido manejado pela União contra a decisão denegatória do recurso especial.
Rejeitados os embargos de declaração, a impetrante interpôs agravo regimental, ocasião em

que prolatei a decisão objurgada por este *writ*.
Com efeito, a impetrante, inadvertida e inadequadamente, enquanto ainda pendente o juízo de admissibilidade do recurso fazendário, insistiu em instar esta Vice-Presidência para dar início à pretendida compensação de seus supostos créditos tributários, de cuja análise não pôde esta magistrada se furtar, sob pena de caracterizar a negativa de prestação jurisdicional."
A ausência de previsão para o recurso interno na hipótese, fundamento utilizado no *decisum* aqui combatido para refutar o cabimento do agravo regimental, exsurge bastante ao reconhecimento da viabilidade da impetração em situações como a dos presentes autos.
Vencida a oportunidade de adequação por ocasião das tentativas formuladas pela via dos declaratórios e depois mediante o emprego do regimental, conhecido meramente como pedido de reconsideração, de engano possivelmente cometido, conforme alegado, na "decisão proferida pela Exma. Des. Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que restringiu o cumprimento das decisões proferidas no mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, aplicando ao caso o art. 170-A do CTN, o que o fez em desrespeito ao art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/09, bem como pelo fato de ter inovado no julgamento proferido pela Sexta Turma deste E. Tribunal, ao restringir o alcance do julgado" (fl. 08), em face do quadro de irrecorribilidade ordinária retratado na decisão da Vice-Presidente desta Corte, sobra apenas o mandado de segurança, atendendo-se ao prescrito no inciso II do artigo 5º da Lei 12.016/2009, alternativa única para correção de eventual ilegalidade.
No mais, consoante asseverado no ato ora questionado e igualmente salientado nas informações prestadas - "não há previsão regimental para a impugnação de decisões da Vice-Presidência por meio de agravo interno, exceto na hipótese de negativa de segumento a recurso excepcional ao fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com o paradigma julgado na sistemática dos recursos representativos de controvérsia (arts. 543-B e/ou 543-C, do CPC), por construção jurisprudencial em recente pronunciamento do STF (Questão de Ordem no agravo de Instrumento nº 760.358, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/02/2010) e do STJ (Questão de Ordem no agravo de Instrumento nº 1.154.599, Corte Especial, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011). Pelo Regimento Interno, somente cabível o agravo interno/regimental para impugnar decisão proferida pelo Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator (RITRF3, art. 250) e, nessa toada, estender o cabimento do agravo interno também para as decisões proferidas pela Vice-Presidência exigiria uma interpretação extensiva para cabimento de um recurso, o que não se afigura, a meu ver, possível, porquanto há que se ter norma expressa no ordenamento, sem o que não é possível sustentar a existência de ilegalidade no ato que não conhece de recurso por ausência de previsão legal/regimental." (fl. 357) -, desde a conclusão do julgamento do Mandado de Segurança de reg. nº 2013.03.00.005141-3, em 12.3.2014 (Diário Eletrônico de 24.4.2014), sob minha relatoria, em que o Órgão Especial se pronunciou aceitando o funcionamento do mandado de segurança como sucedâneo recursal, na ausência de previsão regimental específica para contestar decisão também da Vice-Presidência de trancamento de recurso especial na forma do artigo 543-C, § 7º, inciso I, do Código de Processo Civil, passou-se a entender cabível o agravo interno em caso de negativa de seguimento a recursos excepcionais, nesses termos e também a teor do disposto no artigo 543-B, § 3º, do CPC.
À guisa de exemplo, confira-se (Agravo Regimental em Apelação Cível nº 0000105-49.2009.4.03.6108/SP, Diário Eletrônico de 17.9.2015):
"EMENTA
DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSOS EXCEPCIONAIS COM BASE NO ART. 543-B, § 3º E 543-C, § 7º, INCISO I, AMBOS DO CPC. CABIMENTO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. APLICAÇÃO ADEQUADA DO PARADIGMA AO CASO CONCRETO. RECURSO MANIFESTAMENTE

PROTELATÓRIO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AGRAVO IMPROVIDO.
I- Cabimento do agravo regimental perante o Tribunal a quo contra decisão que nega seguimento a recurso excepcional, com fulcro no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC, firmado pelo Pleno do E. STF em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, sob a relatoria do E. Ministro Gilmar Mendes, DJe 19/02/2010, bem como na Questão de Ordem no AG nº 1.154.599/SP., de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, DJe 15/02/2011.
II- O agravante se insurge contra a adequação dos seus recursos excepcionais aos paradigmas julgados pelo E. STF, no âmbito da repercussão geral (RE nº 566.621) e pelo E. STJ sob o rito dos repetitivos (REsp nº 1.269.570), nos moldes estabelecidos pelo artigo 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, inciso I, ambos do CPC, respectivamente.
III- Os recursos excepcionais interpostos pelo agravante trazem em seu bojo tese contrária ao entendimento sufragado pelo STF e pelo STJ no julgamento dos paradigmas indicados, qual seja para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.
IV- Recursos manifestamente protelatórios. Litigância de má-fé caracterizada. Incidência da multa prevista no artigo 17, incisos IV, V e VII, c.c. 18, *caput*, todos do CPC.
V - Agravos regimentais improvidos.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora).
Votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, NELTON DOS SANTOS, TORU YAMAMOTO, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA.
E, por maioria, condenar a agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, NELTON DOS SANTOS, TORU YAMAMOTO, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI e MARLI FERREIRA.
Vencidos os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JUNIOR, SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA e ANDRÉ NABARRETE, que não aplicavam a multa.
Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JUNIOR, THEREZINHA CAZERTA, MARISA SANTOS e ANTONIO CEDENHO.
São Paulo, 09 de setembro de 2015.
CECILIA MARCONDES
Vice-Presidente"
Nada obstante, em decisão recentíssima, vencida esta Relatora - conforme voto que proferi quando da apreciação do Mandado de Segurança de reg. nº 2013.03.00.025905-0, ausente previsão regimental específica para se tentar obter a alteração de decisão unipessoal proferida no âmbito da Vice-Presidência, preservada de qualquer meio de impugnação, mediante recurso interno endereçado ao colegiado, tal como externado no ato ora combativo, apresenta-se viável a utilização da ação mandamental -, o Órgão Especial, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança registrado sob nº 2014.03.00.012047-6, em 24 de fevereiro do corrente ano (Diário Eletrônico de 2.3.2016), nos moldes do pronunciamento conferido pelo Desembargador Federal Johonsom di Salvo (Relator), decretou o cabimento do agravo regimental também em hipóteses como a que se apresenta *in casu*, no pressuposto de que "não é possível o conhecimento de mandado de segurança contra ato judicial prati-

cado pela Vice-Presidência da Corte no ambiente que lhe é reservado para o primeiro juízo de admissibilidade de recursos especial ou extraordinário, à conta do cabimento de agravo regimental previsto no Regimento Interno da Casa", porquanto, afinal, "se o ato partiu da Vice-Presidência no momento em que a mesma se investia de competência própria prevista no inc. II do art. 22 do Regimento Interno (decidir sobre a admissibilidade de recursos especial e extraordinário), poderia ser sindicado por agravo regimental, consoante a regra geral do art. 250".

Veja-se, a propósito, a ementa do julgado em questão, *in verbis*, valendo os destaques:

"EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE DENEGOU A SEGURANÇA E JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC C/C O ART. 6º, § 5º DA LEI Nº 12.016/2009. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL DA VICE-PRESIDÊNCIA QUE, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 22, II, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE, HOMOLOGOU PEDIDO DE DESISTÊNCIA E CONDENOU A ORA IMPETRANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: DECISÃO EM FACE DA QUAL ERA CABÍVEL AGRAVO REGIMENTAL. DESCABIMENTO DO *MANDAMUS*. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *O presente* writ *está sendo usado como substitutivo do agravo regimental, pois se volta contra decisão proferida pela Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal que pode ser atacada por esse mecanismo de irresignação, que é tradicionalmente admitido no Regimento Interno desta Casa.*

2. A decisão contra a qual a empresa manejou o *mandamus* foi tomada quando o feito se encontrava sub judice da Vice-Presidência para fins de admissibilidade de recurso especial e recurso extraordinário. Nenhum juízo foi feito, na medida em que a ora impetrante atravessou petição para desistir da demanda - e do direito material subjacente - com o intuito de inserir-se no REFIS. Mas *se o ato partiu da Vice-Presidência no momento em que a mesma se investia de competência própria prevista no inc. II do art. 22 do Regimento Interno (decidir sobre a admissibilidade de recursos especial e extraordinário), poderia ser sindicado por agravo regimental, consoante a regra geral do art. 250.*

3. De outro lado, caso se entenda que a Vice-Presidência recebe, por delegação, parte da competência originária dos Tribunais Superiores para a realização do exame prévio de admissibilidade dos recursos a eles endereçados, ainda assim o *mandamus* impetrado perante este Órgão Especial seria inadequado, cabendo ao interessado dirigir-se às Cortes Superiores já que não caberia ao órgão fracionário local examinar ato praticado pela Vice-Presidência no cenário do juízo de admissibilidade recursal.

4. Em suma: não é possível o conhecimento de mandado de segurança contra *ato judicial praticado pela Vice-Presidência da Corte no ambiente que lhe é reservado para o primeiro juízo de admissibilidade de recursos especial ou extraordinário, à conta do cabimento de agravo regimental previsto no Regimento Interno da Casa*, ou, conforme o caso, da possibilidade de levar a cognição do ato contrastado à Corte Superior competente.

5. Agravo improvido."

Presente, assim, na linha do entendimento firmado majoritariamente pelo Órgão Especial, supra, o relevante fundamento a que faz referência o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, o *periculum in mora*, a seu turno, além do argumento costurado na inicial da impetração, no sentido de que "O ato judicial praticado pela Exma. Des. Federal Vice-Presidente do TRF da 3ª Região, em não determinar o imediato cumprimento do direito líquido e certo da Impetrante, reconhecido através do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, consoante se pode observar através da documentação acostada ao presente *mandamus*, tem ocasionado manifesto prejuízo à Impetrante", isso porque "tem sido obrigada a se socorrer de instituições financeiras, celebrando contratos de empréstimo, os quais se destinam, nada mais, do que

possibilitar à empresa cumprir com suas obrigações, bem como suprir 'déficits' financeiros que vem enfrentando, o que poderia ser evitado caso a autoridade impetrada tivesse determinado à União Federal o cumprimento das decisões judiciais proferidas" (fls. 15/16), reputa-se existente igualmente a partir do instante em que se priva a impetrante de meio recursal a que tem direito, caracterizando, pois, óbice à possibilidade de apreciação e eventual deferimento, pelo colegiado competente, da tutela jurisdicional perseguida, a saber, "o efetivo ressarcimento dos créditos reconhecidos CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no processo administrativo nº 16349.000033/2008-14, acompanhado da devida correção monetária pela taxa Selic, desde a data do protocolo dos pedidos de ressarcimento, até a data da efetiva disponibilização do crédito", circunstância agravada sobretudo pelo volume de recursos envolvidos e pela imprescindibilidade, conforme alegado na exordial, do montante discutido para a continuidade das atividades da sociedade empresária.
Posto isso, defiro a liminar, para o fim específico de determinar seja levado a julgamento no Órgão Especial, sob relatoria do Desembargador Federal Vice-Presidente, o agravo regimental interposto pela impetrante reproduzido nos presentes autos às fls. 302/316 (fls. 1.030/1.044 do feito subjacente).
Comunique-se.
Cite-se a União Federal (Fazenda Nacional), na condição de litisconsorte passivo necessário.
Após, cumpra-se o disposto nos artigos 7º, inciso II, e 12, *caput*, da Lei nº 12.016/2009.
Intime-se a impetrante.
São Paulo, 10 de março de 2016.

Despacho à fl. 403, conforme segue reproduzido:

Vistos.
Fls. 378/382, contestação da União Federal, invocando-se que "já se encontra cessada a competência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para apreciar a matéria suscitada pela parte Impetrante nos autos do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, restando evidente que a via mandamental ora utilizada pela impetrante - objetivando, em última análise, que o Órgão Especial desse E. Tribunal aprecie e profira decisão que se sobreponha aos atos praticados pela Vice-Presidência no exercício de seu ofício jurisdicional - mostra-se inadequada": oportunize-se ciência à impetrante.
Fls. 384/390, parecer da Procuradoria Regional da República "pela EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil de 2015", "patente a perda superveniente do objeto da ação": oportunize-se ciência à impetrante e à União Federal.
Fls. 392/394, informação trazida pela impetrante de que "os autos do processo nº 0002061-61.2008.4.03.6100, foram encaminhados ao E. STJ (AREsp nº 874.767), em razão do Agravo e Recurso Especial interposto pela União Federal em face da decisão da Vice-Presidência que inadmitiu seu recurso excepcional", solicitando-se "a conversão em diligência daquele feito, com devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que o Agravo Regimental possa ser efetivamente julgado pelo r. Órgão Especial, nos termos da decisão liminar proferida neste mandado de segurança": oportunize-se ciência à União Federal e ao Ministério Público Federal.
Prazo para respectivas manifestações: 10 (dez) dias.
São Paulo, 03 de junho de 2016.

Ofício nº 0010/16-GABV-TRF 3R, subscrito pelo Desembargador Federal Vice-Presidente deste Tribunal Regional Federal, informando "não ser possível o atendimento do pleito do peticionante, por ora, porquanto o Agravo interposto pela União Federal em face de não admissão de seu recurso especial, nos autos da ação originária (Reg. 00020616120084036100),

encontra-se pendente de decisão pelo C. Superior Tribunal de Justiça" (fl. 405).

Manifestação da impetrante às fls. 406/413, batendo-se "pelo regular prosseguimento do presente feito, para fins de confirmação da medida liminar deferida, afastando-se o ato judicial que negou conhecimento ao Agravo Regimental interposto nos autos do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, contra decisão proferida pelo(a) Vice-Presidente deste E. Tribunal, determinando-se o seu processamento para que seja imediatamente remetido à apreciação e reforma pelo Órgão Especial".

Petição às fls. 415/416, por meio da qual "vem a União reiterar os termos da Contestação de fls. 378/372, requerendo seja extinto o presente mandado de segurança sem resolução do mérito, revogando-se, por via de consequência, a medida liminar concedida. Caso assim não seja entendido, requer seja denegada a segurança".

Parecer da Procuradoria Regional da República "pelo indeferimento do pedido de devolução dos autos do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100" (fls. 418/420).

Oportunizada "manifestação à impetrante e à União Federal relativamente à notícia - extraída de consulta processual atualizada do AREsp nº 874.767/SP, cuja inserção ora se determina - de que, após decisão monocrática 'nos termos do art. 544, § 4º, I, do CPC' pelo não conhecimento de agravo em recurso especial, igualmente a ser juntada, certificou-se o trânsito em julgado no feito de reg. nº 0002061-61.2008.4.03.6100", também cientificado a respeito o Ministério Público Federal (fl. 422).

Pela impetrante: "considerando o trânsito em julgado do MS nº 0002061-61.2008.4.03.6100, REQUER a extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual superveniente ao ajuizamento da ação. Requer, ainda, a condenação da demandada a restituição das custas adiantadas pela Impetrante, já que presente o interesse processual quando da impetração do mandado de segurança" (fls. 423/424).

Pela Procuradoria da Fazenda Nacional: "a União não se opõe à desistência, conforme requerido a fls. 424" (fl. 425).

Pela Procuradoria Regional da República: "o MPF não interporá recurso" (fl. 426).

Segue decisão.

De início, fica determinada, a teor do consignado pelo *parquet* federal, a retificação da autuação, "uma vez que o nome correto da impetrante é CAMIL ALIMENTOS S.A., de acordo com o contrato social juntado às fls. 43/61, e não Camil Alimentos Ltda" (fl. 387).

No mais, à vista do julgamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Agravo em Recurso Especial interposto pela União, lá autuado sob nº 874.767/SP, no qual, ao argumento de que "o inconformismo nem sequer ultrapassa a barreira do conhecimento, pois a parte agravante não rebateu, de modo específico, os fundamentos adotados pela decisão recorrida para negar trânsito ao apelo especial, limitando-se a reeditar os mesmos argumentos apresentados no recurso inadmitido", restou nem ao menos conhecida a insurgência, certificou-se, em 9.9.2016, o trânsito em julgado no feito subjacente de reg. nº 0002061-61.2008.4.03.6100.

Assim, o interesse na apreciação da presente impetração, que serviria à discussão acerca do (des)acerto da "decisão proferida pela Vice-Presidência desta Corte Regional que, nos autos de apelação em mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, na qual já efetivado juízo de admissibilidade do recurso excepcional interposto pela União, não conheceu do agravo regimental interposto contra decisão que resolveu questão incidental, consubstanciada na

inexequibilidade imediata do acórdão prolatado no apontado mandado de segurança enquanto não transitar em julgado a sentença nele proferida, por força do disposto no art. 170-A, do CTN" (fl. 356, informações prestadas pela autoridade tida como coatora), já não mais existe, carecendo de utilidade eventual provimento jurisdicional que venha a ser dado, pelo mérito, aqui.

Referindo-se este mandado de segurança a elementos que se fizeram presentes de modo incidental na tramitação dos autos de nº 0002061-61.2008.4.03.6100, do superveniente trânsito em julgado e, por consequência - ante a prolação de acórdão, deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a resolver o mérito da demanda ali posta -, da coisa julgada material, "autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502, CPC/2015; cf. art. 468, CPC/1973), exsurge circunstância, por si só, apta a satisfazer as providências almejadas neste *mandamus*.

Consoante pontuado pela própria impetrante, "considerando o trânsito em julgado daquela ação [de reg. nº 0002061-61.2008.4.03.6100], bem como considerando que não mais subsiste o óbice à efetiva execução do julgado, tem-se por exaurido o objeto desta discussão em razão da perda superveniente de interesse processual, nos moldes do art. 485, inciso VI, do CPC" (fl. 424).

Do ponto de vista jurídico e prático, que possa atingir e favorecê-la, nada se tem a deliberar agora, tornando-se desnecessária e até mesmo despropositada a utilização da via mandamental ao que se propunha de início.

Sendo dois os atos atacados pela via mandamental - a negativa de seguimento a agravo regimental que objetivava levar, à análise colegiada, decisão monocrática que subsumiu a circunstância dos autos ao disposto no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional; e o indeferimento, em si, do pleito de ressarcimento da requerente de créditos que, não obstante serem-lhe de direito, permaneceriam retidos pela União Federal em razão da ausência de trânsito em julgado do feito originário - e ali se identificando, em ambos, pretensão da impetrante no sentido da execução provisória de sentença mandamental, certificado o trânsito em julgado e aí se abrindo a via da execução definitiva, não há falar na utilidade de quaisquer provimentos jurisdicionais que possam advir deste *writ*, fadado à denegação, cediço que "a nova Lei do Mandado de Segurança proclama a conclusão de denegação da segurança, tanto para a improcedência do pedido quanto para a hipótese de extinção do processo, sem exame de mérito" (TRF 1ª Região, Remessa 0008498-82.2012.4.01.3304, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal Reynaldo Soares da Fonseca, E-DJF1 de 26.9.2014).

No mesmo sentido: "De acordo com a terminologia adotada pela Lei nº 12.016/2009, denega-se o mandado de segurança se ocorrente qualquer das hipóteses previstas no artigo 267 do Código de Processo Civil" (TRF 3ª Região, AMS 96.03.081640-0, 2ª Turma, rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, e-DJF3 de 17.6.2010).

Destino dado à lide propriamente dita, questão que resta atine aos valores dispendidos para o manejo do feito, em relação à qual requer-se "a condenação da demandada a restituição das custas adiantadas pela Impetrante, já que presente o interesse processual quando da impetração do mandado de segurança" (fl. 424).

Quanto ao ponto, ante a evidente inviabilidade de se aplicar diretamente o princípio da sucumbência - segundo o qual "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou" (art. 82, § 2º, CPC) -, porquanto extinto o feito sem resolução de mérito em razão de superveniente ausência de interesse processual, inexistindo, *in casu*, propriamente

parte vencida, cabe ao julgador adentrar em juízo hipotético, aferindo-se quem seria o perdedor na demanda, a ele se incumbindo o custeio do manejo do *mandamus*.

Isso porque, "segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado", e, "Sem embargo de serem incabíveis honorários advocatícios em ação mandamental, nos termos da Lei do Mandado de Segurança, são imputáveis a quem deu causa à ação as despesas correspondentes a título de custas processuais" (TRF 3ª Região, AMS 00115134420124036104, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Mairan Maia, e-DJF3 de 31.10.2014).

Veja-se, nesse sentido, o comentário, já sob a égide do CPC renovado, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*, 16ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 472), *in verbis*:

> Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isso porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito.

Na mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios, com fundamento no princípio da causalidade.
> 2. Hipótese em que o autor ajuizou ação de repetição de indébito visando à devolução dos valores indevidamente tributados pelo Imposto de Renda, em razão do recebimento de verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho. Ocorre, no entanto, que os mencionados valores foram posteriormente devolvidos administrativamente pela própria Receita Federal, daí o seu dever de arcar com a verba honorária.
> 3. Recurso especial desprovido.
> (Primeira Turma, REsp 806.434/RJ, Rel. Min. Deise Arruda, 10.12.2007)

Quanto à mesma questão, recente *decisum* monocrático advindo do Supremo Tribunal Federal, a reafirmar o posicionamento:

> Ademais, quanto às custas processuais e aos honorários advocatícios, anoto que o Código de Processo Civil dispõe que caberá ao vencido arcar com as despesas relativas aos honorários advocatícios resultantes da demanda. Vejam-se, a propósito, as disposições do art. 20 do CPC (grifos meus):
> "Art. 20. *A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios*. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria."
> Sobre a figura do vencido, bem como do princípio da causalidade, assim dispõe a doutrina processualista brasileira (grifos meus):

> "Os honorários de advogado e as despesas do processo deverão ser pagas, a final, pelo perdedor da demanda. Vencido é o que deixou de obter do processo tudo o que poderia ter conseguido. Se pediu x, y e z, mas conseguiu somente x e y, é sucumbente quanto a z. Quando há sucumbência parcial, como no exemplo dado, ambos os litigantes deixaram de ganhar alguma coisa, caracterizando-se a sucumbência recíproca.
> [...]
> Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isso porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. *Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito.*" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 13ª Edição, Editora Revista dos Tribunais)
> Assim, em princípio, os honorários advocatícios devem ser suportados pela parte sucumbente. Essa regra, no entanto, não é absoluta, notadamente quando se trata de casos nos quais não há propriamente uma parte vencida e uma vencedora, como no presente feito.
> Desse modo, *in casu*, o princípio da causalidade deve prevalecer sobre o princípio da sucumbência. Não obstante a presente ação tenha restado prejudicada, tendo em vista o provimento do recurso extraordinário ao qual se vinculava esta cautelar, restou acolhida a tese jurídica defendida pela autora, de modo que se conclui que o Estado de São Paulo é quem deu causa a esta ação. Se o mérito desta demanda fosse julgado, ter-se-ia por procedente o pedido autoral. (destaques e maiúsculas no original).
> (Decisão Monocrática, AC nº 2.857, Rel. Min. Luiz Fux, 29.6.2015).

In casu, nada obstante a superveniente perda de objeto da presente demanda, possível projetar, pelos argumentos acima referidos, aduzidos por ocasião do deferimento do pleito liminar em favor da impetrante, baseado em entendimento consagrado no âmbito do Órgão Especial recentemente reafirmado, *infra*, decisão de mérito favorável à impetrante, ao menos de que o pronunciamento monocrático da Vice-Presidência atacado pelo mandado de segurança, fosse levada a julgamento colegiado pela via do agravo regimental.

Confira-se, a propósito, destacando-se:

> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA VICE-PRESIDÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.
> - Hipótese dos autos que é de mandado de segurança impetrado contra ato da Vice-Presidência.
> - Caso em que o emprego da via mandamental encontra óbice na Súmula 267 do STF, dispondo que "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição", por outro lado *reconhecido pelo Órgão Especial no julgamento do AgRg em MS nº 0012047-93.2014.4.03.0000 o cabimento do agravo regimental contra decisão proferida pela Vice-Presidência*.
> - Segurança denegada nos termos dos artigos 6º, §5º, da Lei 12.016/09 e 485, VI, do Código de Processo Civil/2015.
> (MS 00259105320134030000, rel. Desembargador Federal Peixoto Júnior, e-DJF3 de 19.12.2016)

Evidenciando-se, pois, juízo hipotético de concessão da segurança mandamental no feito sob análise, imputável à União - a que vinculada a autoridade impetrada - o pagamento das

custas processuais, das quais não se isenta na hipótese de *mandamus* impetrado em face de ato judicial.

Veja-se, a esse respeito, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, grifando-se:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. DETERMINAÇÃO PARA QUE TERCEIRO ALTERE VALORES REFERENTES A FINANCIAMENTO HABITACIONAL CONTRATADO PELO AUSENTE. TERATOLOGIA. CABIMENTO DO *MANDAMUS* PELO TERCEIRO PREJUDICADO (SÚMULA 202/STJ). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO (CF, ART. 109, I). ANULAÇÃO DO ATO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.
> 1. "A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso" (Súmula 202/STJ).
> 2. No caso, empresa pública federal, que não era parte na ação originária - ação de declaração de ausência -, foi surpreendida por decisão judicial que veda a cobrança de parte do financiamento habitacional contratado pelo ausente juntamente com sua companheira, até a declaração definitiva de ausência, com determinação de recálculo dos valores devidos, computando-se "apenas o percentual de 36,44%".
> 3. Tal determinação atinge a esfera de direitos materiais subjetivos da ora impetrante, contratualmente estabelecidos, em ação na qual não tem participação alguma, figurando, destarte, na condição de terceiro prejudicado, estando legitimada, como acima explicitado, a utilizar a via do mandado de segurança.
> 4. A decisão impetrada, além de ter sido proferida com evidente violação ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), advém de juízo de direito absolutamente incompetente para conhecer de pedido que envolva empresa pública federal, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna.
> 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança requerida, anulando-se o ato judicial ilegal atacado neste *mandamus*, *devendo a Fazenda Pública Estadual arcar com as custas processuais*.
> (Quarta Turma, RMS 31.950/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 22.8.2013).

Na mesma direção, precedente deste Tribunal Regional Federal, aqui imputado à União, porquanto aduzido o *mandamus* em face de ato judicial advindo da Justiça Federal, o ressarcimento das custas:

> MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO COLEGIADO EM AGRAVO REGIMENTAL, CONFIRMANDO A CARÊNCIA SUPERVENIENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: FALTA DE DISPOSIÇÃO SOBRE QUEM RESPONDERÁ PELAS "CUSTAS JUDICIAIS". ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS PARA IMPUTAR À UNIÃO O REEMBOLSO DAS CUSTAS DESPENDIDAS PELO IMPETRANTE (PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE).
> 1. Na medida em que um ato judicial compelia o interessado a pagar custas de desarquivamento para só assim ter acesso a autos de processo findo, nos termos do inc. XXXV do art. 5º da CF ele se viu compelido a buscar abrigo jurisdicional à vista de discordar do pagamento por entender pelo descabimento da exação exigida; por outro lado, nada o impedia de também se socorrer do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, porquanto no concurso entre o direito de ação e o direito de petição não vige a máxima *electa uma via non datur regressus ad alteram*.
> 2. Se o Conselho Nacional de Justiça/CNJ decidiu o mérito do pleito do autor de modo mais expedito - sem deslembrar que o impetrante foi desde logo beneficiado por liminar concedida pelo Relator do *writ* - isso não retira a incidência, ainda aqui, do princípio da causalidade que orienta a aplicação dos encargos da sucumbência; se o ajuizamento de uma ação foi necessário para o interessado obter vistas de autos findos sem o pagamento de uma "taxa" (o que obteve desde logo à conta de uma liminar aqui deferida) não se pode dizer que a carência superveniente derivada da decisão de mérito mais célere feita no CNJ deve compeli-lo a arcar com as

custas da distribuição do *writ*.
3. É oportuno aclarar o julgado, declarando que a UNIÃO fica condenada no reembolso das custas judiciais despendidas pelo impetrante, no importe de R$ 10,64 (fl. 60), observando a Resolução nº 267/CJF.
(Segunda Turma, ED no MS nº 0005772-65.2013.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, 15.5.2015)

Dito isso, reconhecida a ausência superveniente de interesse processual, impõe-se de rigor a denegação da segurança, a teor do que dispõem combinados os artigos 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, e, 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ficando as custas processuais a cargo da União Federal.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Comunique-se.

Intime-se.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000172-13.2016.4.03.6126
(2016.61.26.000172-4)

Apelante: PERIMETRAL COM. DE ACESSÓRIOS PARA MOTOCICLETAS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 2193063
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE PENHORA. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL E CADIN. ESCRITURA DE CESSÃO DE PRECATÓRIO JUDICIAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SINDICATO DOS TRABALHORES EM EDUCAÇÃO DE RORAIMA - SINTER. INEFICÁCIA DA GARANTIA. RECURSO DESPROVIDO.
1. Não configura caução idônea e suficiente, para efeito de garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal (artigo 206, CTN) e de impedir o registro do contribuinte no CADIN, a escritura de cessão de direitos relativos a precatório judicial extraído de reclamação trabalhista.
2. Primeiramente, verifica-se que a autora é a segunda cessionária de tais direitos, adquiridos, em primeira cessão, por R. Benetti Consultoria Assessoria e Participação Empresarial Ltda., junto ao Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Roraima - SINTER, o qual ajuizou reclamação trabalhista, representando judicialmente os respectivos sindicalizados (artigo 5º, XXI, CF), servidores públicos da área de educação do Estado de Roraima, os verdadeiros titulares dos créditos, cedidos a terceiro, embora em circunstâncias não plenamente esclarecidas nos autos.
3. Em segundo lugar, a cessão de créditos de precatório, nos termos do § 16 do artigo 100 da Constituição Federal, não produz efeitos senão depois da comunicação, por meio de petição protocolizada, ao Tribunal de origem e à entidade devedora, o que não se provou ter ocorrido no caso, seja na primeira, seja na segunda cessão, esta em favor da autora.
4. Em terceiro lugar, mesmo que se tratasse do próprio precatório, ofertado diretamente pelo respectivo credor como garantia no bojo de execução fiscal, firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, no sentido de que tal nomeação pode ser recusada pela Fazenda Pública, à luz do artigo 11 da Lei 6.830/1980.
5. Enfim, se o próprio precatório não serve para garantir a execução fiscal, podendo ser recusado pela exequente, a cessão de direitos de tal natureza, ainda em caráter secundário e sem observância do § 16 do artigo 100 da Constituição Federal, tampouco pode ser utilizada como caução para antecipar penhora e garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal ou impedir o registro no CADIN.
6. Apelação desprovida.

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, 01 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação à sentença de improcedência em ação cautelar de caução (cessão de crédito precatório) para emissão de certidão de regularidade fiscal e impedimento à inscrição no CADIN, até trânsito em julgado de ação anulatória a ser proposta, fixada verba honorária de 10% sobre o valor da causa.

Apelou a autora, alegando: (1) a Corte Superior fixou ser cabível a certidão de regularidade fiscal, por ação cautelar de ação, independentemente da natureza do bem ofertado; (2) o bem de terceiro ofertado ("direitos individuais sobre créditos alimentícios de natureza trabalhista, oriundos a Reclamação Trabalhista nº 0054/1990/053/11/00, antigos VTBV - 054/90") é penhorável e, portanto, pode ser objeto de ação de caução; (3) a ordem do artigo 11 da LEF é relativa; (4) não foram observados os artigos 5º, XXII, CF, e 805, CPC/2015, não podendo sofrer dilapidação patrimonial para liquidação dos débitos, se existente precatório emitido em face da apelada; (5) futura execução fiscal deve ser levada a efeito pelo modo menos gravoso ao executado, cabendo a nomeação do bem em caução para futura formalização de penhora de crédito com precatório; e (6) deve ser concedida a antecipação da tutela recursal, para que seja autorizada a caução por meio dos créditos de precatório ofertados, suficientes para garantia da integralidade dos créditos tributários.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Os autos vieram-me conclusos e foram recebidos fisicamente no Gabinete em *14/10/2016*, com inclusão em pauta para julgamento na sessão de *01/02/2017*.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, para garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal e obstar registro no CADIN, a autora ofertou caução, a título de antecipação de penhora, conforme "escritura pública de cessão e sub-rogação de direitos creditórios em referência, que entre si fazem R. Benetti Consultoria Assessoria e Participação Empresarial Ltda, em favor de Perimetral Comércio de Acessórios para Motocicletas Ltda" (f. 32).

Consta de tal instrumento, que a cedente dos direitos, R. Benetti Consultoria Assesso-

ria e Participação Empresarial Ltda., adquiriu, por sua vez, do Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Roraima - SINTER os direitos e créditos oriundos de reclamação trabalhista proposta contra a UNIÃO, no limite de até R$ 60.000,00 (f. 32). Segundo documentado nos autos, foi expedido o ofício precatório no valor de R$ 417.895.729,37, em 09/12/2009 (f. 63).

A despeito do valor envolvido, não existe relevância jurídica para respaldar a pretensão deduzida.

Primeiramente, a escritura de cessão, juntada aos autos, foi lavrada em 28/10/2013, quando já vigente a EC 62/2009, a qual acresceu o seguinte texto ao artigo 100 da Constituição Federal:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
> [...]
> § 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.
> *§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.*

Note-se, ademais, que, na espécie, a autora é a segunda cessionária dos créditos, originariamente adquiridos por R. Benetti Consultoria Assessoria e Participação Empresarial Ltda. do reclamante em favor do qual foi expedido o ofício precatório. Aliás, o reclamante, que cedeu tais créditos, ajuizou reclamação trabalhista, representando judicialmente os respectivos sindicalizados, nos termos do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal. Logo, os créditos cedidos pertencem, na verdade, aos representados, servidores públicos federais da área de educação, e não direta e propriamente ao sindicato, mero representante processual, que, ao que parece, os negociou, embora em circunstâncias não plenamente esclarecidas nos autos.

Enfim, sem a comprovação da regularidade tanto da primeira como da segunda cessão do precatório, não é apto o negócio jurídico a produzir efeitos, nos termos do § 16 do artigo 100, da Constituição Federal, não servindo, pois, de garantia idônea e suficiente do crédito tributário, para os fins dos artigos 206, CTN, e 7º, I, da Lei 10.522/2002.

Ainda que não houvesse tal restrição, e mesmo que o caso fosse não de cessão de direito, mas do próprio precatório, em si, ofertado diretamente como garantia pelo respectivo credor, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, que tal nomeação pode ser recusada pela Fazenda Pública, à luz do artigo 11 da Lei 6.830/1980:

> AGRESP 1.577.021, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 10/03/2016: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO ANTECIPATÓRIA DE PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE PRECATÓRIO. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Merece ser mantida a decisão que de deu provimento ao Recurso Especial da Fazenda Estadual, na medida que restou demonstrada a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ, bem como a matéria debatida nos autos é exclusivamente de direito - possibilidade de recusa da Fazenda Pública ao precatório oferecido a título de caução em medida cautelar antecipatória da execução fiscal. O que

afasta o alegado óbice da Súmula 7/STJ. *2. A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que a penhora (ou eventual substituição de bens penhorados) deve ser efetuada conforme a ordem legal, prevista no art. 655 do CPC e no art. 11 da Lei 6.830/80. Assim, não obstante o precatório seja um bem penhorável, a Fazenda Pública pode recusar a nomeação de tal bem, quando fundada na inobservância da ordem legal, sem que isso implique ofensa ao art. 620 do CPC (REsp 1.090.898/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 31.8.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ).* 3. Por outro lado, se o precatório é oferecido como caução (antecipação de penhora) em ação cautelar, para fins de obtenção de certidão positiva de débito com efeito de negativa, a sua aceitação deve observar o mesmo regime da garantia ofertada em sede de execução fiscal. 4. Agravo regimental não provido.

Se o próprio precatório não serve para garantir a execução fiscal, podendo ser recusado pela exequente, a cessão de direitos de tal natureza, ainda em caráter secundário e sem observância do § 16 do artigo 100 da Constituição Federal, tampouco pode ser utilizada como caução para antecipar penhora e garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal ou impedir o registro no CADIN.

Denote-se, portanto, que a improcedência do pedido é de rigor, e não gera, como aventado, qualquer violação a direito, tampouco em face dos artigos 5º, XXII, CF, e 805, CPC/2015.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0003720-91.2016.4.03.0000
(2016.03.00.003720-0)

Agravante: GUSTAVO CHIOSI FILHO
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: AI 577502
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PROTESTO DE CDA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.767/12. RECURSO IMPROVIDO.
1. A Lei nº 9.492/97, no seu artigo 1º, parágrafo único, previu que "Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas." (Incluído pela Lei nº 12.767/2012). "*Art. 1º protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas."
2. Da leitura do referido dispositivo, constata a possibilidade de se levar a protesto títulos executivos judiciais e extrajudiciais, bem como outros documentos de dívida, dotados de certeza, liquidez e exigibilidade.
3. A Certidão da Dívida Ativa é título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, e goza de presunção de certeza e liquidez, de acordo com o artigo 204 do Código Tributário Nacional.
4. Ademais, ainda que se entenda que a Fazenda possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito tributário, ainda que de baixo valor.
5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Gustavo Chiosi Filho, contra decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", em ação de consignação em pagamento indeferiu o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a sustação ou cancelamento do protesto da Certidão de Dívida Ativa nº 8011407705685, no valor de R$ 81.760,15.

Sustenta o agravante, em síntese, que firmou parcelamento tributário junto a Receita Federal do Brasil e PGFN em agosto de 2014 e, desde então, sempre recolheu as devidas parcelas, sem que houvesse qualquer rompimento.

Aduz que, em dezembro de 2015, sem qualquer aviso prévio ou notificação, o Sistema da Receita Federal não lhe permitiu a emissão dos respectivos DARFs para o pagamento das parcelas e, para sua surpresa, a CDA nº 8011407705685, foi enviada para protesto, razão pela qual, passou a realizar o depósito em juízo das parcelas referentes ao referido parcelamento.

Às fls. 123/128 foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Não houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

A Lei nº 9.492/97, no seu artigo 1º, parágrafo único, previu que "Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas." (Incluído pela Lei nº 12.767/2012)

> Art. 1º protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.
> Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Da leitura do referido dispositivo, constata a possibilidade de se levar a protesto títulos executivos judiciais e extrajudiciais, bem como outros documentos de dívida, dotados de certeza, liquidez e exigibilidade.

A Certidão da Dívida Ativa é título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, e goza de presunção de certeza e liquidez, de acordo com o artigo 204 do Código Tributário Nacional.

Ademais, ainda que se entenda que a Fazenda possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito tributário, ainda que de baixo valor.

O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é cabível o protesto.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA . LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.
2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767 /2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas".
3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.
4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto , instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.
5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.
6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.
7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.
8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.
9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.
10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.
11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto , decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).
12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA , uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.
13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional,

mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto .
14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo".
15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.
16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).
17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ.
(RESP 1126515, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento em 03/12/2013, publicado em 16/12/2013)

Entendimento também consolidado nesta E. Corte:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. protesto DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ativa . APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.767/12. RECURSO PROVIDO.
- Consoante dispõe o artigo 1º, parágrafo único da Lei 9.492/97, "Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas."
A norma expressa evolução legisl ativa introduzida pela Lei 12.767/12. Não se vislumbra, nesta sede processual, a desproporcionalidade da exigência, mesmo sob o ângulo de suas máximas parciais (necessidade e adequação), de modo a reconhecer sua inconstitucionalidade.
- Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça que rechaçam a possibilidade de protesto de títulos extrajudiciais consubstanciados em CDA s são anteriores a inovação legisl ativa , ora apontada.
- Impedir a incidência da novel legislação a pretexto de seguir entendimento, à toda evidência, superado, significa negligenciar com o dogma da separação dos poderes, pois induz a fossilização da Constituição. Note-se que tal entendimento não desconsidera a possibilidade do exame do novo regramento à luz das regras e princípios constitucionais. Nessa quadra, é cediço que mesmo decisões de caráter vinculante não estendem seus efeitos às atividades legislativas.
- Ainda que se entenda que a Fazenda possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito eventualmente de baixo valor, insusceptível do manuseio da execução fiscal.
- O protesto não tem como finalidade apenas provar a inadimplência do devedor, ou mesmo fazer prova de que o devedor deixou de pagar no vencimento, pelo que a presunção de certeza e liquidez do título (art. 204, do CTN) não constitui óbice ao pleito da Fazenda. Precedente desta Corte, agravo 0029064-79.2013.4.03.0000/SP, da relatoria do I. Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn.
- Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0027917-18.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em

13/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/03/2014)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEI 12.727/12. ALTERAÇÃO DA LEI 9.492/97. protesto . DÍVIDA OBJETO DE CDA . RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça à luz do *caput* do artigo 1º da Lei 9.492/97 (" protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida."), não admitia protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa , seja por desnecessidade, diante da presunção de certeza e liquidez, ou por ausência de previsão legal. 2. Com o advento da Lei 12.767/2012, incluindo o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492/1997 ("Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas."), o Superior Tribunal de Justiça firmou nova orientação no sentido da validade do protesto de dívidas retratadas em certidões de divida ativa . 3. No juízo cognitivo próprio de liminar e agravo de instrumento, não é dado declarar a inconstitucionalidade de norma legal, mesmo porque a presunção é de constitucionalidade, não constando que, a despeito do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, tenha sido proferida decisão liminar para afastar a eficácia da norma. 4. Agravo inominado desprovido. (TRF3, AI 00194874320144030000, Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014).

Em tese, não há ilegalidade no envio da CDA ao Cartório de protesto.

Por outro lado, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, II, do CTN, requer, entre outras hipóteses, o depósito do montante integral do débito, situação que não se verifica no caso em análise.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO
0010681-48.2016.4.03.0000
(2016.03.00.010681-6)

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Requeridos: MARCIONIL XAVIER E EDNA DE CARVALHO XAVIER
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: SusApel 43
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO (ARTIGO 1021 DO CPC/2015) CONTRA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO EM APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *FUMUS BONI IURIS* DEVIDAMENTE DELINEADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Agravo interno interposto com fulcro no artigo 1021 do CPC/2015, contra decisão monocrática que conferiu o efeito suspensivo à apelação interposta pelo Ministério Público Federal em ação civil pública, nos termos do artigo 1012, §4º, CPC/2015, para manter a indisponibilidade dos bens dos réus, inclusive do apartamento nº 171 do Edifício Piazza Navonna, até o julgamento final do recurso.

2. A indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na forma do artigo 7º da Lei nº 8.492/92, não configura tutela de urgência, mas tutela de evidência, considerando que o *periculum in mora* advém da gravidade dos fatos e do valor do prejuízo provocado aos cofres públicos. Nesse ensejo, faz-se desnecessária a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus, bastando a demonstração do *fumus boni iuris*, ou seja, de fundados indícios da prática dos atos ímprobos que lhes são imputados. Precedentes do STJ *(AgInt no REsp 1570585/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016; AgInt no REsp 1590033/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 06/10/2016; AgInt no REsp 1571234/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016).*

3. No caso dos autos, o *fumus boni iuris* está devidamente delineado na petição inicial da ação civil pública e demais documentos carreados pela acusação, que pleiteia a condenação dos agravantes nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.492/92, por incorrerem nos artigos 9º, VII, e 13, §2º e §3º, do mesmo diploma legal. E a sentença que reconheceu o prazo prescricional de 5 anos previsto no artigo 142, I, da Lei nº 8.112/90 e extinguiu a ação civil pública com resolução do mérito, removendo a indisponibilidade do apartamento nº 171 do Edifício Piazza Navonna, mediante depósito judicial prévio de 5% do valor da venda, é objeto de apelação do Ministério Público Federal.

4. Quanto ao *periculum in mora*, embora a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus seja desnecessária, ao teor do artigo 7º da LIA, o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação formulado pelo

Ministério Público Federal veio acompanhado de documentação evidenciando fortes indícios de *fraude* na negociação do apartamento nº 171 do Edifício Piazza Navonna. 5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por MARCIONIL XAVIER e EDNA DE CARVALHO XAVIER com fulcro no artigo 1021 do Código de Processo Civil/2015, contra *decisão monocrática* que conferiu o efeito suspensivo à apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na ação civil pública em epígrafe, nos termos do artigo 1012, §4º, Código de Processo Civil/2015, para manter a indisponibilidade dos bens dos réus, inclusive do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA, até o julgamento final do recurso (fls. 357/359).

Nas razões recursais, alega-se que (1) diante da ausência de *fumus boni iuris*, pelo reconhecimento da prescrição pelo Juízo *a quo* e a consequente sentença resolutiva de mérito, não há como manter a indisponibilidade de bens, que vem causando sérios prejuízos aos agravantes; (2) com a prolação da sentença cessam os efeitos da liminar proferida em sede de cognição sumária, motivo pelo qual devem ser liberados os bens bloqueados; (3) a indisponibilidade da fração que detém, de 5% do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA, prejudica dez terceiros de boa-fé, entre compradores e vendedores; (4) os agravantes efetuaram o depósito de R$ 100.000,00 (correspondentes ao valor da fração de 5% do imóvel), confiando na decisão do Juízo *a quo* de que o cumprimento dessa determinação garantiria o desbloqueio do bem (fls. 361/387).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas contrarrazões, pugnou pela improcedência do recurso (fls. 389/393).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

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

A decisão agravada não merece qualquer reparo.

A indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na forma do artigo 7º da Lei nº 8.492/92, não configura tutela de urgência, mas *tutela de*

evidência, considerando que o *periculum in mora* advém da gravidade dos fatos e do valor do prejuízo provocado aos cofres públicos.

Nesse ensejo, faz-se desnecessária a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus, bastando a demonstração do *fumus boni iuris*, ou seja, de fundados indícios da prática dos atos ímprobos que lhes são imputados. Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ.
> 1. A Primeira Seção consolidou o entendimento no julgamento do REsp 1.366.721/BA (Rel. p/ acórdão Min. OG FERNANDES, DJe de 19.9.2014), submetido a sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de *periculum in mora*, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* que consiste em indícios de atos ímprobos
> 2. O Tribunal de origem afirmou expressamente existirem indícios da prática de ato ímprobo, tendo afastado a possibilidade de decretação da indisponibilidade dos bens somente em razão de dúvidas no tocante ao quantum de acréscimo patrimonial da recorrida. Ora, de acordo com a fundamentação acima expendida, verifica-se que a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa (*fumus boni iuris*) é suficiente para a concessão da liminar de indisponibilidade dos bens dos acusados.
> 3. Desse modo, tendo sido reconhecida a presença do *fumus boni iuris* (presença de indícios de ato de improbidade administrativa) pelo Tribunal de origem, impõe-se o restabelecimento da decisão agravada a fim de determinar a indisponibilidade dos bens dos réus da ação civil de improbidade administrativa. Precedentes do STJ.
> 4. Na hipótese, o acórdão recorrido, ao analisar a controvérsia, delineou todo o contexto fático dos autos, de modo a conferir devolutividade exauriente sobre os indícios da prática de ato ímprobo e permitir a reforma do acórdão para determinar a decretação da indisponibilidade dos bens dos acusados. Sendo assim, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ.
> 5. Agravo interno não provido.
> (STJ - AgInt no REsp 1570585/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. DECRETAÇÃO.
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
> II - O Superior Tribunal de Justiça, ao proceder à exegese do art.7º da Lei nº 8.429/92, firmou jurisprudência segundo a qual o juízo pode decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade ou bloqueio de bens do indiciado ou demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause lesão ao patrimônio público ou importe enriquecimento ilícito, prescindindo da comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência.

III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.
IV - Agravo Interno improvido.
(STJ - AgInt no REsp 1590033/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 06/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ.
1. É vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto da impugnação apresentada em contrarrazões de recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.
2. *In casu*, o recurso especial impugnou todos os fundamentos determinantes do acórdão recorrido, de modo que inaplicável a Súmula 283/STF.
3. O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, delineou todo o contexto fático dos autos, de modo a conferir devolutividade exauriente sobre os indícios da prática de ato ímprobo e permitir a reforma do acórdão para determinar a decretação da indisponibilidade dos bens dos acusados. Sendo assim, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ.
4. Agravo interno não provido.
(STJ - AgInt no REsp 1571234/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016)

No caso dos autos, o *fumus boni iuris* está devidamente delineado na petição inicial da ação civil pública e demais documentos carreados pela acusação, que pleiteia a condenação de MARCIONIL XAVIER, auditor fiscal da Receita Federal do Brasil e de sua esposa EDNA DE CARVALHO XAVIER nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.492/92.

Com efeito, a ação civil pública está respaldada no inquérito civil nº 1.34.001.005816/2010-66, onde foi constatado - em apertada síntese - que os réus, nos anos-calendário de 2003 a 2005, apresentaram variação patrimonial a descoberto e depósitos bancários de origem não comprovada e, portanto, incorreram nos artigos 9º, VII, e 13, §2º e §3º, da LIA.

E a sentença que reconheceu o prazo prescricional de 5 anos previsto no artigo 142, I, da Lei nº 8.112/90 e extinguiu a ação civil pública com resolução do mérito, removendo a indisponibilidade do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA, mediante depósito judicial prévio de 5% do valor da venda, *é objeto de apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*.

Quanto ao *periculum in mora*, embora a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus seja desnecessária, ao teor do artigo 7º da Lei nº 8.492/92, o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com fulcro no artigo 1012, §4º, do Código de Processo Civil/2015, veio acompanhado de *documentação evidenciando fortes indícios de fraude na negociação do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA*.

Conforme exposto na decisão agravada:

(1) em 12/6/2016, CARLOS AUGUSTO ENGEL transmitiu por dação em pagamento o apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA para ARBEX ABREU INCORPORADORA E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (fração de 4%); EM5 EMPREENDI-

MENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, administrada por EMÍLIO CARLOS MEDAUAR (fração de 7,5%); REGAMA PARTICIPAÇÕES LTDA (fração de 5%); IUNI PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, administrada por JACQUES FELLER (fração de 36%); JOÃO GILBERTO SASPADINI, casado em comunhão universal de bens com MARIA CELESTE CARDOZO SASPADINI (fração de 10%); MARCELO NOGUEIRA CRUVINEL, casado em comunhão universal de bens com GABRIELA DAL'MAS ROCHA PAES CRUVINEL (fração de 2,5%); RUY MAURÍCIO TRANQUILLI BARBOSA, casado em comunhão parcial de bens com ANA BEATRIZ DE SOUZA BARROS (fração de 20%); FERNANDO ANTÔNIO LEME, casado em comunhão universal de bens com LILIAN MANTILLA DE SOUZA LEME (fração de 10%); MARCIONIL XAVIER, casado em comunhão universal de bens com EDNA DE CARVALHO XAVIER (fração de 5%);

(2) o valor de referência da dação em pagamento correspondeu a *R$ 2.632.693,00* (fls. 234/245);

(3) em 16/10/2015, os coproprietários do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA firmaram instrumento particular de promessa de compra e venda do imóvel com JOSÉ ALESSANDRO TAMIÃO e AMANDA LAVAGNINI FERNANDES TAMIÃO, *pelo valor de R$ 2.000.000,00* (fls. 248/258);

(4) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL observou que a transação do imóvel, poucos meses após a dação em pagamento, foi realizada em valor inferior ao de referência, e que o documento não foi submetido a reconhecimento de firma e nem foi levado a qualquer registo;

(5) o *parquet* federal também constatou, com base em informações obtidas na Receita Federal do Brasil e na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), que MARCIONIL XAVIER; RUY MAURÍCIO TRANQUILLI BARBOSA; EM5 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, administrada por EMÍLIO CARLOS MEDAUAR e IUNI PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, administrada por JACQUES FELLER *são sócios da empresa NÍVEL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE* (fls. 265);

(6) o instrumento particular de promessa de compra e venda está carimbado com os dizeres "Jurídico Grupo Feller", levando a crer que existe uma *vinculação* entre as empresas NÍVEL e MAFEL, cujas sedes funcionam no mesmo endereço - Rua Gomes de Carvalho, 1765, Vila Olímpia, São Paulo/SP (fls. 265/266).

Nesse contexto, é amplamente justificável a concessão do efeito suspensivo à APELAÇÃO interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na ação civil pública, com fulcro no artigo 1012, §4º, Código de Processo Civil/2015, para manter a indisponibilidade dos bens dos réus, inclusive do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA até o julgamento final do recurso.

Assim, por todo exposto, *nego provimento ao AGRAVO INTERNO*.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA
0011703-44.2016.4.03.0000
(2016.03.00.011703-6)

Parte Autora: PAULINA VAZ DE OLIVEIRA GUIMARÃES E OUTROS
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: IAC 1
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ATUALMENTE DENOMINADO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O PROCESSAMENTO DO INCIDENTE: NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Agravo interno interposto por Paulina Vaz de Oliveira Guimarães e outros contra decisão que inadmitiu o processamento do incidente de uniformização de jurisprudência, atualmente denominado incidente de assunção de competência, por não preenchimento de requisito de admissibilidade.

2. Não se vislumbra plausibilidade jurídica na pretensão do agravante em uniformizar a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção, no tocante ao entendimento de haver limitação temporal a janeiro de 1995 para a incidência do reajuste de 11,98% para a remuneração dos juízes classistas, porquanto referido posicionamento é pacífico entre os órgãos fracionários, inexistindo a aventada divergência.

3. A alegação de dissonância quanto à questão de direito é despida de demonstração pelo suscitante, porquanto é tese pacificada neste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995.

4. Anteriormente à criação da 4ª Seção - Criminal, as 1ª, 2ª e 5ª Turmas compunham a 1ª Seção, e todas elas posicionavam-se pela tese esposada pelo Relator nos autos da Apelação nº 0014243-50.2006.403.6100, de que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995. Precedentes das 1ª, 2ª e 5ª Turmas.

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao agravo interno*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por PAULINA VAZ DE OLIVEIRA GUIMARÃES e outros contra decisão que inadmitiu o processamento do incidente de uniformização de jurisprudência, atualmente denominado incidente de assunção de competência, por não preenchimento de requisito de admissibilidade.

Pretende o agravante, em síntese, o processamento do incidente para, ao final, acolher o pleito de uniformização da jurisprudência das Turmas, a fim de que seja reconhecido que "os juízes classistas são equiparados aos servidores públicos, nos termos do artigo 5º da lei 9.655/98" e, portanto, não se submetem à limitação temporal a janeiro de 1995 para a incidência do reajuste de 11,98% (fls. 24/26).

Aberta vista ao Ministério Público Federal, afirmou que "não apresentará manifestação" (fls. 29).

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Não vislumbro plausibilidade jurídica na pretensão do agravante em uniformizar a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção, no tocante ao entendimento de haver limitação temporal a janeiro de 1995 para a incidência do reajuste de 11,98% para a remuneração dos juízes classistas, porquanto referido posicionamento é pacífico entre os órgãos fracionários, inexistindo a aventada divergência.

Desta feita, não admiti o processamento do incidente de uniformização de jurisprudência, postulado em 01.02.2016, anteriormente à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, consoante decisão prolatada nos seguintes termos:

> Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, atualmente denominado incidente de assunção de competência, suscitado por PAULINA VAZ DE OLIVEIRA GUIMARÃES e outros, ao argumento de existência de divergência entre Turmas deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no que diz respeito à limitação temporal a janeiro de 1995 da incidência do reajuste do índice 11,98% para remuneração de juízes classistas, como decidido nos autos da Apelação e Remessa Necessária nº 0014243-50.2006.403.6100, de minha Relatoria.
> Afirmam que "várias decisões deste E. TRF da 3ª Região, já entenderam que os juízes classistas da Justiça do Trabalho no que tange à remuneração e reajuste de vencimentos, são equiparados aos servidores públicos federais", colacionando para ilustrar a alegada divergência acórdão proferido nos autos nº 2003.61.00.001825-0, da 2ª Turma, e nº 2001.61.00.026539-6, da Turma "A" do Judiciário em Dia.
> Determinei o desentranhamento da petição de instauração do presente incidente dos autos nº 0014243-50.2006.403.6100 e sua autuação em apartado.
> *É o relatório.*
> *Fundamento e Decido.*
> Consoante o disposto nos artigos 103 do Regimento Interno desta Corte e 947 do CPC/2015, em razão da relevância da questão de direito, a qual seja conveniente a prevenção ou a compo-

sição de divergências entre as Turmas, o Relator poderá propor a remessa do feito à apreciação da Seção respectiva.
Desta forma, a premissa para a instauração do presente incidente de uniformização de jurisprudência é, certamente, a existência de divergência sobre questão de direito entre órgãos fracionários, que, no caso dos autos, seriam as Turmas.
No entanto, a alegação de dissonância quanto à questão de direito é despida de demonstração pelo suscitante, porquanto é tese pacificada neste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995.
Com efeito, anteriormente à criação da 4ª Seção - Criminal, as 1ª, 2ª e 5ª Turmas compunham a 1ª Seção, e todas elas posicionavam-se pela tese esposada por mim nos autos da Apelação nº0014243-50.2006.403.6100, de que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995. Nesse sentido, colaciono os julgados das 1ª, 2ª e 5ª Turmas:
"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0023924-59.1997.4.03.6100/SP*
2000.03.99.044033-1/SP
RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
EMENTA
PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCORPORAÇÃO DO PERCENTUAL DE 10,94%. LIMITAÇÃO TEMPORAL. JUIZ CLASSISTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. JUROS DE MORA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ACÓRDÃO OMISSO. EMBARGOS ACOLHIDOS.
1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão embargado, obscuridade, contradição, quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal ou, por construção jurisprudencial, erro material.
2. Quanto à limitação temporal da incidência do reajuste de 11,98%, houve omissão em relação ao fato de o autor ser juiz trabalhista, ensejando a análise da questão, portanto, de acordo com tal circunstância.
3. Ressalva levada a efeito na ADIN nº 2.323 que somente se aplica aos servidores públicos federais, o que não é o caso do autor, juíz classista da Justiça do Trabalho, equiparado a membro de Poder, em relação ao qual, plenamente eficazes as disposições da ADIN nº 1.797, que, ademais, promana efeitos vinculantes em relação a todos os feitos que versam idêntica questão.
3. Em relação aos juros de mora, cumpre esclarecer que a sentença de procedência da demanda foi omissa a respeito do tema. Neste Tribunal, conquanto devolvida, por força da apelação da União e do reexame necessário, a apreciação da matéria e de todos os consectários, dentre os quais os juros de mora, a então relatora do processo negou seguimento ao recurso e à remessa oficial, também não dispondo a respeito do tema. Há omissão, portanto, a ser sanada.
4. Os juros de mora nas condenações impostas contra a Fazenda Pública devem incidir a partir da citação (artigo 219 do CPC), observando-se, na esteira do entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores, o princípio tempus regit actum da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança (Resp 937.528/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 1º/9/11).
5. Embargos de declaração aos quais se dá provimento, a fim de sanar as omissões, limitando-se o reajuste de 10,94% ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995 e fixando os juros de mora da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir

de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança.
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 provimento aos embargos de declaração, a fim de sanar as omissões, limitando-se o reajuste de 10,94% ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995 e fixando os juros de mora da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 16 de setembro de 2013".
"*AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025706-28.2002.4.03.6100/SP*
2002.61.00.025706-9/SP
RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
EMENTA
PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INOVAÇÃO. JUÍZES CLASSISTAS. URV. PERCENTUAL DE 11,98%. PAGAMENTO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. APLICAÇÃO DA ADI Nº 1.797-0. DECRETOS LEGISLATIVOS 6 E 7. INAPLICABILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI Nº 2323. AGRAVO CONHECIDO PARCIALMENTE E NA PARTE CONHECIDA NEGADO PROVIMENTO.
I. A análise dos autos revela que os autores não se insurgiram na inicial acerca dos benefícios da aplicação da Lei 10.474/02 ou 11.143/95 que tratam do reajuste da magistratura federal e do artigo 5º da Lei 9.655/98 que os igualam aos servidores públicos federais, portanto não podem ser conhecidas, de sorte que a pretensão ora deduzida encontra-se tragada pela preclusão. Certo é que o atendimento da pretensão deduzida pela Agravante neste momento processual implicaria em admitir uma inovação recursal e violação ao princípio do contraditório e ampla defesa. Logo, o agravo sequer merece ser conhecido quanto a tal aspecto.
II - A questão posta em debate não comporta mais discussão, visto que o percentual de 11,98% não caracteriza reajuste de remuneração, mas tão-somente correção do errôneo critério de conversão de remuneração, de modo a assegurar o poder aquisitivo dos servidores públicos, nos termos das MP 434 e 457/94 e da Lei nº 8.880/94.
III. Assiste razão à União. De fato, a ADIn nº 1.797-0 discutia a constitucionalidade da decisão administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que estendeu aos magistrados e servidores daquela Corte, sem limitação temporal, o percentual de 11,98%, decorrente dos prejuízos suportados pela conversão dos vencimentos de cruzeiros para URV. Na referida Ação Direta, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o direito aos 11,98%, em relação aos magistrados federais, só deveria ser concedido até janeiro de 1995. Na ADI nº 1.797-0, o STF limitou o reajuste de 11,98% aos magistrados federais até janeiro de 1995, eis que editados os Decretos Legislativos 6 e 7, que fixaram novas remunerações para os Ministros de Estado e Membros do Congresso Nacional, estendidos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, por conseqüência, a toda a magistratura federal, por força da Lei nº 8.448/92.
IV. Posteriormente, no julgamento da ADIN nº 2.323-MC o Supremo Tribunal Federal superou entendimento externado na ADIN 1.797 e reconheceu como devido o percentual de 11,98% aos servidores do Poder Judiciário, mesmo após a edição da Lei nº 9.421/96, não havendo que

se falar em violação ao parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.
V. A partir do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2323 (DJ de 20 de abril de 2001), o próprio STF reconheceu que o novo plano de salários trazidos pela Lei 9.421/96 não produziu elevação real nos vencimentos dos servidores, de forma que a limitação temporal, antes determinada pela ADI nº 1.797-0, deixou de refletir a melhoria nos vencimentos.
VI. Cumpre consignar, no entanto, que a ressalva levada a efeito na ADIN nº 2.323 somente se aplica aos servidores públicos federais, o que não é o caso dos autores, ora apelados, que exerceram a função de juiz classista no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, e dos pensionistas, já que os juízes classistas são equiparados a membro de Poder, em relação aos quais são válidas as disposições da ADIN nº 1.797, que ademais, gera efeitos vinculantes em relação a todos os feitos que versam idêntica questão.
VII. Agravo legal parcialmente conhecido e na parte conhecida negado provimento.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo e na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 28 de agosto de 2012".
"*AGRAVOLEGALEMAPELAÇÃO/REEXAMENECESSÁRIONº0025707-13.2002.4.03.6100/SP*
2002.61.00.025707-0/SP
RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
EMENTA
AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. SERVIDOR PÚBLICO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE 11,98%. URP. LIMITAÇÃO TEMPORAL. ADI nº 1797-0. DECRETOS LEGISLATIVOS 6 E 7. INAPLICABILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI nº 2323. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.
I - A questão da aplicação do percentual de 11,98 % aos vencimentos dos membros e funcionários do Poder Judiciário, por força da implantação do Plano Real, já se encontra pacificada nos Tribunais Superiores, comportando julgamento nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.
II - Contudo, em relação aos Juízes Classistas, existe uma limitação temporal do reajuste, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1.797, na decisão proferida no Ag. Reg no Recurso Extraordinário nº 479.005/BA.
III - Na ADI nº 1.797-0, o STF limitou o reajuste de 11,98% aos magistrados federais até janeiro de 1995, eis que editados os Decretos Legislativos 6 e 7, que fixaram novas remunerações para os Ministros de Estado e Membros do Congresso Nacional, estendidos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, por conseqüência, a toda a magistratura federal, por força da Lei nº 8.448/92.
IV - Por outro lado, não há que se falar que tal julgamento estaria prejudicado com a decisão proferida na ADIn nº 2.323, uma vez que este diz respeito tão somente à limitação do reajuste em relação ao plano de carreira dos servidores públicos do Poder Judiciário, instituído pela Lei nº 9.421/96, não alterando o julgado na ADIn 1.797 em relação aos magistrados.
V - Dessa forma, é devido à parte autora o reajuste pretendido tão somente no período de abril de 1994 a janeiro de 1995, contudo, há que se reconhecer a prescrição das diferenças dele decorrentes, uma vez que a presente ação foi ajuizada 07/11/2002, após transcorrido o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, conforme estabelece o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.
VI - agravo legal improvido.
ACÓRDÃO
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, negar provimento ao

agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 26 de junho de 2012".
"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012771-82.2004.4.03.6100/SP*
2004.61.00.012771-7/SP
RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
EMENTA
PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE 11,98%- LIMITAÇÃO TEMPORAL. VÍCIOS NÃO DEMONSTRADOS.
1. Os embargos declaratórios não se prestam à revisão do julgado, porque tenha este, à óptica do recorrente, trazido decisão contrária a posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais que tem como corretos, ou o mandamento da lei que vê aplicável à espécie.
2. Eventual nulidade do julgado deve ser argüida em recurso próprio.
3. No que toca aos embargos da União, cumpre ressaltar que o acórdão não foi omisso quanto ao reconhecimento da prescrição qüinqüenal, posto que ela já havia sido reconhecida na sentença de primeiro grau e não houve apelo dos autores, de modo que a sentença, nesta parte, já transitou em julgado.
4. No mais, cumpre asseverar, ainda, que o escopo de pré-questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.
5. Por outro lado, tendo havido sucumbência recíproca, não há o que alterar nos honorários advocatícios.
6. Embargos de declaração 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, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 09 de dezembro de 2013".
"*APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007366-36.2002.4.03.6100/SP*
2002.61.00.007366-9/SP
EMENTA
APELAÇÃO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE 11,98%. URV. LIMITAÇÃO TEMPORAL.
I - Consoante entendimento consagrado no E. STF o direito dos magistrados à percepção da diferença de 11,98%, resultante da conversão de cruzeiros reais para URV, deve ser limitado ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995. Precedentes também desta Corte.
II - Recurso e remessa oficial 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 provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 18 de outubro de 2010".
"*APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2003.61.00.025357-3/SP*
RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
EMENTA
PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO SOBRE JUIZ CLASSISTA. ACOLHIDOS EM PARTE.
1. O v. acórdão não apreciou a questão referente aos juízes classistas suscitada em razões recursais pela embargante, motivo pelo qual, merecem acolhimento parcial os embargos de de-

claração, nos termos do artigo 535, II do Código de Processo Civil.
2. Os membros e servidores do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público fazem jus ao índice de 11,98%. *In casu*, trata-se de juízes classistas que exerceram os respectivos mandatos por período determinado, sendo-lhes devidas as diferenças somente em relação ao intervalo temporal.
3. Já o outro ponto tido como omisso, qual seja, o relativo à Súmula 339 do STF e da legislação apresentada (art. 168 da CF, Lei nº 8.880/94, Lei nº 6.903/81), sem razão a embargante.
4. Embargos declaratórios providos, sem efeitos modificativos, para sanar a omissão apontada.
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 maioria, deu parcial provimento, nos termos do relatório e voto do Relator, que foi acompanhado pela Desembargadora Federal Vesna Kolmar, vencido o Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, que lhes negava provimento.
São Paulo, 27 de julho de 2009".
Destarte, o questionamento suscitado não preenche o requisito para sua admissibilidade, qual seja, a alegada divergência entre as Turmas desta Corte.
Portanto, *não admito o processamento do incidente*.
Intimem-se.
Oportunamente, arquivem-se os autos.

Os argumentos trazidos no agravo não me convencem do desacerto da decisão de inadmissão do incidente, pelo que entendo pela manutenção desta.

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0015873-59.2016.4.03.0000
(2016.03.00.015873-7)

Agravantes: CRISTIANA AIRES E OUTROS
Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AI 587095
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/02/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSO. RECURSO DESPROVIDO.
- Sendo a ação de reintegração de posse o remédio processual cabível quando o possuidor é despido do bem possuído, ocorrendo o esbulho, não há nulidade concessão de liminar sem prévia audiência de justificação, prevista nos art. 562, do CPC/73 e art. 928, do CPC/2015. Igualmente, mesmo sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do CPC/73 e art. 544, do CPC/2015, o Juízo não é obrigado decidir a respeito da liminar somente depois da sua manifestação.
- Tratando-se de invasão coletiva, entendo importante esclarecer, primeiro, que a decisão, que efetivamente decidiu sobre o deferimento da liminar, foi proferida antes da entrada em vigor do CPC/2015, o qual no seu artigo 565, dispõe acerca da obrigatoriedade da audiência de mediação, antes da apreciação do pedido de medida liminar, quando se tratar de litígio coletivo, ocorrido há mais de um ano e dia.
- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de reintegração de posse, ajuizada pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, relativamente ao imóvel situado no Residencial Nova América - Suzano/SP, situado à Rua 10, Quadra L, Jardim Nova América, CEP 08655-000, Suzano/SP, pertencente ao Programa Minha Casa Minha Vida, deferiu o pedido de liminar.

Sustentam os agravantes que são famílias carentes, com muitas crianças, idosos e deficientes. Requerida a concessão do benefício da justiça gratuita, aduzem que não houve audiência de justificação prévia, nem intervenção do Ministério Público, bem como argumentam que não agiram com violência ou danificaram o empreendimento. Alegam que, no caso em tela, não há simples invasão de propriedade privada, devendo ser considerado o problema habitacional e de moradia no município, sendo os prédios do imóvel construídos, com financiamento do FAR (Fundo de Arrendamento Residencial), sem a devida destinação, não havendo quaisquer indicações a quem os apartamentos se destinariam, as quais surgiram apenas no processo judicial. Por fim, aduzem que as famílias já se encontram estabelecidas, sendo desaconselhável a remoção.

O recurso foi processado sem o efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contramiuta.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Em análise sumária, entendo ausente a plausibilidade do direito alegado.

Sendo a ação de reintegração de posse o remédio processual cabível quando o possuidor é despido do bem possuído, ocorrendo o esbulho, não há nulidade concessão de liminar sem prévia audiência de justificação, prevista nos art. 562, do CPC/73 e art. 928, do CPC/2015. Igualmente, mesmo sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do CPC/73 e art. 544, do CPC/2015, o Juízo não é obrigado decidir a respeito da liminar somente depois da sua manifestação.

Ainda, tratando-se de invasão coletiva, entendo importante esclarecer, primeiro, que a decisão, que efetivamente decidiu sobre o deferimento da liminar, foi proferida antes da entrada em vigor do CPC/2015, o qual no seu artigo 565, dispõe acerca da obrigatoriedade da audiência de mediação, antes da apreciação do pedido de medida liminar, quando se tratar de litígio coletivo, ocorrido há mais de um ano e dia. Ainda que não fosse, o caso em tela trata-se de reintegração de posse nova, isto é, ocorrida antes de ano e dia da data do esbulho.

Assim, não havendo nulidade a ser declarada, entendo que o Juízo *a quo* agiu com acerto.

Isto porque, comprovada a propriedade pela CEF e caracterizado o esbulho, sopesados os interesses em jogo, embora o reconhecimento do direito à dignidade da pessoa humana e à moradia como direitos fundamentais, não há que se amparar a invasão, que, inclusive se deu em empreendimento habitacional destinado ao PAR, Programa de Arrendamento Residencial, se dirige a população de baixa renda, tal qual os recorrentes, mas que aguardam dentro dos critérios de seleção do Poder Público.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO CARACTERIZADO. POSSE INFERIOR A ANO E DIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE LIMINAR. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há dissídio, na hipótese, sobre o fato de que a posse dos imóveis esbulhados pertence à CEF, bem como de que a construção do Condomínio Residencial Zenóbio dos Santos está abrangida pela Lei nº 11.977/2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida.
2. O esbulho restou igualmente caracterizado, porquanto a própria Agência Municipal de Habitação de Campo Grande encaminhou notificações efetivadas por seu Setor de Fiscalização aos invasores do conjunto residencial, ora agravantes.
3. Os documentos carreados aos autos revelam, ainda, tratar-se de posse inferior a ano e dia. Com efeito, as invasões foram apuradas pela Agência Municipal de Habitação de Campo Grande, tendo sido a CEF informada em 06/07/2015 e comunicado o fato à autoridade policial em 07/07/2015.
4. Notificados a desocupar os imóveis, os agravantes não o fizeram, dando ensejo ao ajuizamento da ação originária, de reintegração de posse em favor da CEF, restando cumpridos os requisitos exigidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.
5. A alegação, pelos invasores, de que a proteção do direito à moradia, enquanto integrante dos direitos fundamentais, poderia se sobrelevar à garantia, igualmente constitucional, do direito à propriedade, ignora o princípio basilar do ordenamento jurídico vigente - o da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.
6. A conduta dos agravantes, que se comportam como se realmente estivessem dentro dos critérios legais exigidos pela Lei nº 11.977/2009, embora disso não se tenha qualquer prova, outorgando a si próprios o direito de invadir propriedade alheia, destinada a programa habitacional, ao argumento, igualmente sem provas, de que os cadastros efetuados pelo Município seriam fraudulentos, é igualmente ilegal e não pode ser respaldada. Precedente.
7. Agravo legal improvido.(AI 00140663820154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

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

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0015905-64.2016.4.03.0000
(2016.03.00.015905-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: LOGOS PRO SAÚDE S/A E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AI 587561
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NÃO INSTAURADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.
- O CPC/15 disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o qual passou a ser necessário para análise de eventual pretensão de redirecionamento do feito ao patrimônio dos sócios. A instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos previstos pelo art. 50 do CC/02.
- Registre-se: com a entrada em vigência do Novo CPC, passou a ser necessária a instauração do incidente de personalidade jurídica para fins de apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da empresa. No caso dos autos, no tempo em que proferida a decisão agravada - 04.08.2016 já se encontrava vigente o Novo CPC, de modo que os artigos 133 a 137 do diploma processual civil se mostram inteiramente aplicáveis ao caso dos autos.
- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra decisão que, nos autos da ação de origem, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de redirecionamento do feito aos sócios da pessoa jurídica.

Alega a agravante que a Oficial de Justiça certificou a ocorrência de dissolução irregular da empresa em 24.11.2008, razão pela qual a agravante requereu a inclusão dos sócios no polo passivo da execução com fundamento no artigo 50 do Código Civil, vez que tais sócios administradores figuravam como responsáveis empresariais na ficha da JUCESP quando da constatação da dissolução irregular.

Nesta sede, o pedido de efeito suspensivo foi indeferido pela decisão de fls. 517/518verso.

Não houve apresentação de contraminuta, conforme certificado à fl. 520.

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

A discussão instalada nos autos diz respeito à apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da pessoa jurídica.

O Novo Código de Processo Civil disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

> Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
> § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.
> § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.
> Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.
> § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.
> § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.
> § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.
> § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.
> Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.
> Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.
> Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.
> Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento do feito ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração do mencionado incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Dentre os dispositivos legais que disciplinam referido incidente, destaca-se a previsão contida no § 4º do artigo 134 do Novo CPC nos seguintes termos:

> § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Note-se que nos termos do dispositivo processual a instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos que são aqueles previstos pelo artigo 50 do Código Civil, que assim prevê:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Assim, nos termos do dispositivo legal transcrito, para a desconsideração da personalidade jurídica exige-se a comprovação da ocorrência do abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial.

Sendo assim, a partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração mencionado incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Registre-se: com a entrada em vigência do Novo CPC, passou a ser necessária a instauração do incidente de personalidade jurídica para fins de apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da empresa.

No caso dos autos, no tempo em que proferida a decisão agravada - 04.08.2016 (fl. 514) já se encontrava vigente o Novo CPC, de modo que os artigos 133 a 137 do diploma processual civil se mostram inteiramente aplicáveis ao caso dos autos. Desse modo, a agravada deverá promover a instauração do referido incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada a fim de se verificar a responsabilidade de seus sócios pelo valor devido.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento interposto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0033076-10.2016.4.03.9999
(2016.03.99.033076-4)

Apelante: TEREZA FRANCISCO XAVIER FUZATTO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TUPI PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: AC 2193820
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA.
- O dispositivo previsto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em harmonia com o princípio do acesso à ordem jurídica justa, previsto no art. 5º, XXXV, da mesma Carta Magna e, com a evidente intenção de viabilizar a todos, mormente aos hipossuficientes, o acesso ao Poder Judiciário, faculta aos segurados ou beneficiários o ajuizamento de demanda proposta em face da Autarquia Previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, desde que este não seja sede de vara de Juízo Federal, entendimento já pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça.
- A competência estabelecida pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, não elide a faculdade de eleição de foro por parte do segurado ou beneficiário, conferida pela Constituição Federal, desde que atendidas as condições exigidas, salientando-se que a competência do Juizado Especial Federal, nas hipóteses cabíveis, somente será absoluta, em relação às Varas Federais, no âmbito da mesma subseção judiciária, e bem assim, no município onde estiver instalado, se o conflito se der em face da Justiça Estadual.
- Para que se afaste a propositura da ação junto à Justiça Estadual, não basta que a comarca do domicílio do segurado esteja abrangida por circunscrição de foro federal, pois é necessário que seu município contenha, efetivamente, vara da Justiça Federal, o que não é o caso dos autos.
- Restando caracterizada a nulidade da sentença e não sendo o caso de aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil, uma vez que a causa não se encontra em condições de imediato julgamento, é de se determinar a remessa dos autos à Vara de origem.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A r. sentença de fls. 42/44 julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil/2015.

Em razões recursais de fls. 46/55, a parte autora sustenta a competência da justiça estadual de Tupi Paulista para o julgamento da lide. Pugna, por fim, pela reforma da r. sentença e posterior remessa dos autos à Vara de Origem para prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Cumpre observar, inicialmente, que o dispositivo previsto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em harmonia com o princípio do acesso à ordem jurídica justa, previsto no art. 5º, XXXV, da mesma Carta Magna e, com a evidente intenção de viabilizar a todos, mormente aos hipossuficientes, o acesso ao Poder Judiciário, faculta aos segurados ou beneficiários o ajuizamento de demanda proposta em face da Autarquia Previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, desde que este não seja sede de vara de Juízo Federal, entendimento já pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção, CC nº 37717, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 08/10/2003, DJU 09/12/2003, p. 209; 3ª Seção, CC nº 35903, Rel. Min. Vicente Leal, j. 25/09/2002, DJU 21/10/2002, p. 273).

A competência estabelecida pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, não elide a faculdade de eleição de foro por parte do segurado ou beneficiário, conferida pela Constituição Federal, desde que atendidas as condições exigidas, salientando-se que a competência do Juizado Especial Federal, nas hipóteses cabíveis, somente será absoluta, em relação às Varas Federais, no âmbito da mesma subseção judiciária, e bem assim, no município onde estiver instalado, se o conflito se der em face da Justiça Estadual. Precedentes: TRF3, 3ª Seção, CC nº 2003.03.00.057847-1, Rel Des. Fed. Newton de Lucca, j. 26/05/2004, DJU 09/06/2004, p. 168; TRF3, 3ª Seção, CC nº 2003.03.00.000826-5, Des. Fed. Rel. Marisa Santos, j. 08/10/2003, DJU 04/11/2003, p. 112.

Com efeito, para que se afaste a propositura da ação junto à Justiça Estadual, não basta que a comarca do domicílio do segurado esteja abrangida por circunscrição de foro federal, pois é necessário que seu município contenha, efetivamente, vara da Justiça Federal.

Na espécie, verifica-se que a autora, valendo-se do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, optou por ajuizar a ação perante o Juízo de Direito da Comarca de Tupi Paulista, onde não há sede de vara da Justiça Federal e cuja circunscrição compreende a localidade de seu domicílio.

Destarte, restando caracterizada a nulidade da sentença e não sendo o caso de aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil/2015, uma vez que a causa não se encontra em condições de imediato julgamento, é de se determinar a remessa dos autos à Vara de origem.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação* para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para regular processamento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Processual Penal

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL
0012482-96.2016.4.03.0000
(2016.03.00.012482-0)

Impetrante: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB E ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO MS
Impetrado: JUIZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Interessado: WILIMAR BENITES RODRIGUES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: MS 363530
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADE DE ADVOGADO. LEGITIMIDADE ATIVA DA OAB. INDÍCIOS DA PRÁTICA DELITUOSA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. SEGURANÇA DENEGADA.
1. Legitimidade da OAB para a impetração de mandado de segurança visando à defesa das prerrogativas profissionais dos advogados nela inscritos. Precedentes.
2. Existência de um feixe de indícios a embasar a manutenção da medida cautelar decretada, como forma de impedir eventual prática de infrações penais (art. 319, VI, do Código de Processo Penal).
3. Segundo apurado no inquérito policial, o advogado prestava serviços jurídicos ao grupo que seria chefiado por seu irmão, funcionário da FUNAI, na intermediação de requerimentos de benefícios previdenciários e de registro indevido da filiação de menores em nome de pessoas falecidas
4. Necessidade de suspensão da atividade de advocacia na área previdenciária, bem como em relação a ações de empréstimo consignado, considerando que se trata de restrição menos gravosa que a prisão.
5. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DENEGAR A SEGURANÇA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado de Mato Grosso

do Sul (OAB/MS) contra ato do Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS, consistente em decisão proferida nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e Telefônico nº 0001172-23.2016.403.6005 que determinou a suspensão parcial do exercício profissional do advogado Wilimar Benites Rodrigues, por prazo indeterminado, diretamente ou por advogados interpostos, na área de advocacia previdenciária e em relação a ações cíveis de empréstimo consignado.

As impetrantes sustentam sua legitimidade ativa e narram que, em atendimento a pedido da autoridade policial, o juízo impetrado determinou a suspensão parcial do exercício da advocacia pelo advogado assistido. Relatam que, no curso da investigação de fraudes de benefícios previdenciários, identificou-se que uma organização criminosa desenvolvera um *modus operandi* de confecção de registro de crianças em nome de indígenas falecidos. Além disso, como um dos investigados é irmão do advogado ora assistido, a autoridade policial concluiu que ele auxiliava seu irmão no cometimento dos ilícitos, o que motivou o pedido de suspensão de suas atividades, com base no art. 319, VI, do Código de Processo Penal.

Argumentam, todavia, que essa medida viola o art. 5º, XIII, da Constituição Federal e o art. 7º, I, do Estatuto da OAB, uma vez que impõe obstáculo ao livre exercício da profissão. Ressaltam, outrossim, que seria imprescindível o oferecimento de prévia oportunidade de defesa ao advogado.

Discorrem sobre a sua competência exclusiva para apurar irregularidades relacionadas à classe dos advogados e a inaplicabilidade do art. 319 do Código de Processo Penal no caso concreto,

Pediram a concessão liminar da ordem para que fosse suspensa a eficácia da decisão impugnada, ressaltando o *periculum in mora*, pois a medida não tem prazo para terminar, afetando a subsistência do profissional e com riscos de danos à sua reputação.

A inicial (fls. 02/17) foi instruída com os documentos de fls. 18/230.

Intimado, o CFOAB apresentou o comprovante de recolhimento das custas judiciais (fls. 235/237).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 239/241v) e a autoridade impetrada prestou informações (fls. 254/256). Na sequência, foi aberta vista dos autos à União (fls. 258), que nada requereu, bem como à Procuradoria Regional da República, que opinou pela denegação da ordem (fls. 260/263).

O CFOAB requereu a juntada de mídia (CD) contendo a decisão proferida nos autos da ação penal nº 0001922-59.2015.403.6005 que determinou o arquivamento parcial das acusações apresentadas em face do advogado Wilimar Benites Rodrigues.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator): Inicialmente, observo que o fato noticiado pelo impetrante acerca do arquivamento parcial das acusações apresentadas em face do advogado assistido e o seu recebimento pela prática do crime previsto no 2º da Lei nº 12.850/2013, com a incidência da agravante do § 4º, II, já é objeto do mandado de segurança nº 0019869-65.2016.4.03.0000, por meio do qual pretende-se a revogação da suspensão

do exercício da advocacia justamente em razão de as denúncias terem sido recebidas apenas parcialmente. Por isso, este mandado de segurança será apreciado estritamente nos limites da situação exposta na inicial.

A questão em exame limita-se a saber se poderia ser determinada a suspensão parcial do exercício da profissão de advogado Wilimar Benites Rodrigues como medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VI).

Reafirmo, inicialmente, a legitimidade da OAB para a impetração de mandado de segurança visando à defesa das prerrogativas profissionais dos advogados nela inscritos. Nesse sentido, anoto precedente desta Corte ao tratar de hipótese de legitimidade extraordinária, com fundamento no art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. OAB. LEGITIMIDADE. ART. 49, LEI Nº8.906/94. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HONORÁRIOS. COBRANÇA DO BENEFICIÁRIO. JUIZ. DIREÇÃO DO PROCESSO. PODER GEAL DE CAUTELA. ART. 10 DA RESOLUÇÃO Nº 305/2014 DO CJF. REVOGAÇÃO DA NOMEAÇÃO NO FEITO BEM COMO DE FUTURAS. POSSIBILIDADE. ADVOGADO MUNUS PUBLICO.
> 1. Cabível a presente impetração, sendo parte a legítima a impetrante, nos termos que estatui o art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994, trata-se de hipótese de legitimidade extraordinária, considerando a relevância do exercício da advocacia, sendo de rigor que a entidade de classe possa atuar até mesmo no sentido de preservar a correção do exercício profissional. Precedentes jurisprudenciais.
> 2. Ao Juiz, na direção do processo, cabe o poder geral de cautela e, tendo em vista tal premissa, mostra-se possível que o magistrado, ao receber a notícia de irregularidade cometida pelo advogado dativo, revogue as nomeações do profissional até que se apure a irregularidade apontada, sem que tal conduta signifique punição ou julgamento prévio. 3. O advogado dativo exerce um *munus publico*, atuando voluntariamente na defesa do jurisdicionado nas situações em que o Estado não consegue atender à demanda para a prestação da assistência judiciária gratuita prevista na Constituição Federal, fazendo as vezes dos membros da Defensoria Pública, recebendo remuneração para o mister.
> 4. Ausência de ilegalidade na decisão impugnada que revogou as nomeações do profissional, até que reste devidamente esclarecida sua conduta.
> 5. Segurança denegada.
> (MS 0009379-18.2015.4.03.0000, Quarta Seção, v.u., Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 19.11.2015, eDJF3 Judicial 1 04.12.2015)

O pedido de liminar neste mandado de segurança foi indeferido nos seguintes termos (fls.239/241v):

> Conforme exposto pelos impetrantes, o juízo, diante de requerimento da autoridade policial, determinou a suspensão parcial do exercício da profissão de advogado de WILIMAR BENITES, como medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VI), conforme trechos da decisão abaixo transcritos:
> Por sua vez, WILIMAR, com escritório profissional em Iguatemi/MS, seria o braço jurídico do grupo. Ele teria feito diversos encaminhamentos de indígenas a seu irmão WILLIAN, além do que a interceptação telefônica demonstrou que WILLIAN, em tese, dispõe de profundo conhecimento sobre os negócios advocatícios do irmão, tal como será exposto mais à frente.
> (...)
> Os indícios da participação de WILIMAR BENITES RODRIGUES ficaram demonstrados no tocante aos crimes referentes aos casos de CLEIANE LOPES CANO, ADELIA VARGAS e VICTOR VASQUES, conforme supratranscrito, o que configura quatro tentativas de estelionato

contra entidades de direito público (art. 171, § 3º) em que ocorre suposta participação do advogado em fraudes perpetradas pelo irmão. Deve-se ressaltar, conforme consignado na representação, que o caso do menor FERNANDO SAMORIO, filho de ADELIA VARGAS, traz fortes indícios do dolo desse investigado em uma fraude grave por envolver um pedido de guarda notoriamente fraudulento e por se tratar de uma tentativa de obter dinheiros de pessoas em situação de indigência social.
(...)
Destarte, considerando a falta ética e a utilização de sua condição de advogado para atuar como braço jurídico de uma organização criminosa, a suspensão parcial de atividade econômica de WILIMAR é medida que se impõe, o que faço com fundamento no art. 319, VI, do CPP, para que ele seja proibido de exercer por prazo indeterminado, diretamente ou por advogados interpostos, a advocacia (1) na área previdenciária e ações cíveis de empréstimo consignado.
Verifica-se que a decisão encontra-se devidamente fundamentada, ressaltando a existência de indícios de que WILIMAR, na condição de advogado, teria assistido suposta organização criminosa no cometimento do delito de estelionato previdenciário (CP, art. 171, §3º).
Nesse contexto, o juízo de origem, com base na prova dos autos, inclusive em interceptações telefônicas, e diante do receio de que o investigado viesse a praticar delitos da mesma natureza daqueles que são objeto do inquérito, determinou a aplicação da medida cautelar.
Portanto, a suspensão das atividades do advogado assistido, conforme restou demonstrado pelos trechos transcritos da decisão impugnada, mostra-se adequada e necessária para se resguardar a ordem pública, diante dos indícios de sua participação nos delitos investigados.
Ou seja, trata-se de medida instrumental, destinada, sobretudo, ao acautelamento social e que não se confunde com eventual antecipação da pena. Daí porque dispensável a prévia oitiva da parte atingida.
E, embora a advocacia se trate de profissão regulamentada, sujeita à fiscalização por órgão profissional, não é plausível a afirmação de que somente a OAB poderia determinar a suspensão das atividades do profissional, tendo em vista que as suas atribuições não abarcam medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, a serem aplicadas pelo juízo competente na esfera penal.
A propósito, a Quarta Seção deste Tribunal já se manifestou sobre as questões ora discutidas:
"MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONSTATAÇÃO DE PLANO. NECESSIDADE. PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS CAUTELARES. PROIBIÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ADMISSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DO WRIT.
1. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo.
2. O Código de Processo Penal, em seu art. 319, VI, acrescentado pela Lei nº 12.403, de 04.05.11, inclui dentre as medidas cautelar a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. A dificuldade na aplicação desse dispositivo consiste no risco de, indiretamente, violar direito natural ao trabalho, por sua vez considerado um direito social (CR, art. 6º) que pode ser livremente exercido, desde que atendidas as qualificações profissionais previstas em lei (CR, art. 5º, XX), as quais, no caso da advocacia, primam por sua liberdade (Lei nº 8.906/94, art. 7º, I). Não obstante tais dificuldades, a circunstância de o acusado exercer a profissão de advogado não o torna refratário às medidas cautelares, que mitigam o rigor da prisão preventiva (CPP, arts. 282, § 4º, 312, § 4º). O Superior Tribunal de Justiça já teve ocasião de se pronunciar no sentido da aplicação desse dispositivo legal para o efeito de impedir o exercício da advocacia em substituição à prisão (STJ, HC nº 221.092, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14.05.03).
3. Denegação do writ e revogação da liminar."
(MS 00235643220134030000, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Quarta Seção, Rel.:

> Desembargador Federal André Nekatschalow, j. em 18.12.2014, e-DJF3 Judicial 1 08.01.2015)
> Por fim, o próprio Juízo ressaltou que a medida será mantida, "ao menos até o encerramento da presente investigação e de possível ação penal instaurada", cabendo à parte interessada pleitear ao Juízo de origem, oportunamente, a cessação da medida.
> Posto isso, *INDEFIRO* o pedido de liminar.

Ratifico essa decisão, considerando que há um feixe de indícios a embasar a manutenção da medida cautelar decretada, como forma de impedir eventual prática de infrações penais (CPP, art. 319, VI).

Segundo apurado no inquérito policial, o advogado Wilimar Benites Rodrigues prestava serviços jurídicos ao grupo que seria chefiado por seu irmão Willian Rodrigues, funcionário da FUNAI, na intermediação de requerimentos de benefícios previdenciários e de registro indevido da filiação de menores em nome de pessoas falecidas. É o que se constata a partir da representação policial em apenso (fls. 02/49), que contou, inclusive, com interceptação telefônica.

Portanto, faz-se necessária a suspensão da atividade de advocacia na área previdenciária, bem como em relação a ações de empréstimo consignado, como medida alternativa à prisão cautelar.

A propósito, a Procuradoria Regional da República ressaltou a legitimidade da decisão, inclusive porque a suspensão do exercício da advocacia constitui restrição menos gravosa que a prisão:

> Dessa forma, a vedação parcial do exercício da advocacia imposta como medida cautelar substitutiva da prisão é legítima, sobretudo ao se considerar que o cometimento de delito ocorreu exatamente em razão do exercício da advocacia. Ademais, a restrição ao exercício da advocacia é, sem dúvida, medida menos gravosa do que a prisão.
> (...)
> No caso em tela, cumpre destacar a existência de indícios que sugerem a participação de WILIMAR, na condição de advogado, em suposta organização criminosa que atuava na cooptação de indígenas com vistas a proceder requerimentos de benefícios previdenciários fraudulentos, bem como na intermediação da contratação de empréstimos consignados em prejuízo dos indígenas, entre outros delitos. A organização criminosa era liderada por Willian Rodrigues, funcionário público da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, e irmão do ora paciente.
> De acordo com o apurado no Inquérito Policial nº 130/2015, WILIMAR atuava como advogado na Comarca de Iguatemi/MS e auxiliava a suposta organização criminosa nas atividades jurídicas. Apurou-se que ao se deparar com indeferimentos de requerimentos administrativos de benefícios previdenciários junto à Agência da Previdência Social de Amambaí/MS, os membros da suposta organização criminosa encaminhavam os respectivos indígenas aliciados para o escritório de WILIMAR, para formulação de novo requerimento perante outra unidade do INSS. O paciente atuava, ainda, quando necessária a propositura de ações judiciais com vistas à instrumentalização de benefícios previdenciários sobre os quais os membros da suposta organização aufeririam vantagens indevidas.

Diante desse quadro, não há a alegada violação a direito líquido e certo porque a restrição aplicada ao advogado encontra-se embasada na lei processual penal.

Posto isso, *DENEGO A SEGURANÇA*.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

"HABEAS CORPUS"
0018816-49.2016.4.03.0000
(2016.03.00.018816-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: JOÃO BICO UCERA (réu preso)
Impetrado: JUIZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: HC 69207
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/01/2017

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO ADMINISTRATIVA DE ESTRANGEIRO PARA FINS DE EXPULSÃO. LEGALIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CABIMENTO. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A Autoridade Policial representou pela decretação da prisão administrativa do paciente ao fundamento de que, após o indeferimento definitivo da solicitação de refúgio, foi recolhido o seu documento de identidade provisório, ocasião em que foi notificado a deixar o país no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de deportação.

2. Consta dos autos que, no dia seguinte ao recolhimento de seu documento de identidade provisório, o paciente registrou um Boletim de Ocorrência Eletrônico (BOE nº 1179734/2016) noticiando, falsamente, o extravio do documento que havia sido recolhido regularmente pela Polícia Federal. Por fim, o paciente compareceu na Polícia Federal para renovar sua permanência no país, solicitando prorrogação do protocolo de refúgio.

3. Nesse contexto, a prisão cautelar para fins de deportação do paciente é medida que se impõe, sobretudo diante do indeferimento definitivo da solicitação de refúgio pelo Conare, bem como da tentativa frustrada do paciente em registrar a ocorrência falsa de extravio de seu documento com o intuito de permanecer no país.

4. Ademais, o fato de o paciente ser originário de um país politicamente instável e com condições socioeconômicas precárias não lhe confere o direito de receber refúgio, pois tal reconhecimento só se dá nas situações de perseguição ou fundado temor de perseguição por razões políticas, de grupo social, nacionalidade, raça e religião, além de grave violação de direitos humanos no país de origem, o que não parece ser o caso dos autos.

5. O pedido de liberdade vigiada não merece prosperar, pois apesar de constar o seu endereço provisório, a tentativa em burlar a lei autoriza a conclusão de que, se posto em liberdade, é alta a probabilidade de que o ato de expulsão seja frustrado.

6. Cabível a audiência de custódia. Com efeito, embora da leitura do art. 7º, 5, da Convenção Americana, depreenda-se que o instituto é sobretudo destinado às lides penais, sabe-se que uma de suas finalidades, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é a fiscalização pelo Judiciário da regularidade da prisão e do tratamento dispensado ao preso.

7. Ademais, como o procedimento de deportação não está sujeito a uma maior formalização, nos termos do Estatuto do Estrangeiro, a audiência de custódia pode

mostrar-se relevante à garantia dos direitos individuais e notadamente à aferição da existência de algum impedimento à deportação, que seriam aqueles que também impedem a extradição, nos termos do art. 63 do referido diploma legal.
8. Concedida parcialmente a ordem.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de JOÃO BICO UCERA contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais de São Paulo/SP, que decretou a prisão administrativa do paciente, para fins de deportação, com prazo de 30 (trinta) dias.

A impetrante alega, em síntese, o quanto segue:

a) o paciente é originário da Guiné-Bissau, país politicamente instável e com precárias condições socioeconômicas, tendo ingressado no Brasil em 12/09/2013 na qualidade de turista;

b) fez pedido de refúgio, o qual foi registrado no SIAPRO nº 08505.033955/2014-88, ficando em situação migratória regular;

c) posteriormente, o CONARE (Comitê Nacional sobre Refugiados) indeferiu o seu pedido de refúgio, ocasião em que foi cientificado do fato pessoalmente, em 01/03/2016;

d) apesar do vínculo histórico do país africano com o Brasil, em razão da colonização portuguesa, e de o português ser a língua oficial, apenas 14% da população domina o idioma, não sendo este, contudo, o caso do paciente, que pertence a um grupo étnico chamado Manjaco, dominando apenas o dialeto manjaco e o crioulo guineense, falando português de forma limitada;

e) diante do indeferimento do pedido de refúgio, o paciente passou a ter problemas em compreender os trâmites burocráticos, motivo pelo qual não teve seu pedido de refúgio avaliado até o trâmite final, tendo em vista que, por falta de orientação e compreensão dos trâmites burocráticos, deixou escoar o prazo para apresentação do recurso contra o aludido indeferimento;

f) o paciente, contudo, foi até a Polícia Federal regularizar sua situação no país, ocasião em que teve seu protocolo provisório recolhido, sendo comunicado sobre a necessidade de deixar o país em 08 (oito) dias, sob pena de deportação;

g) após a retenção do referido documento, a Polícia Federal alega que o paciente pro-

curou novamente a Polícia Federal munido de um Boletim de Ocorrência de extravio de documento, a fim de solicitar a segunda via do protocolo provisório que havia sido retido pela própria Polícia Federal, o que ensejou a representação pela prisão do paciente para fins de deportação, que foi deferida pelo Juízo impetrado;

h) a alegada fraude do Boletim de Ocorrência não deve prosperar, pois o paciente fez o registro por orientação dos atendentes da Polícia Federal, que lhe informaram que poderia conseguir a nova via do protocolo com esse procedimento;

i) o paciente, pessoa de pouca instrução e com pouco domínio do idioma português, deve ter se equivocado com as instruções que lhe foram passadas, não registrando o Boletim de Ocorrência com intuito de fraude, o que seria impossível diante do sistema da Polícia Federal;

j) o paciente possui residência fixa em Itapevi/SP, nunca praticou nenhum delito e sempre exerceu seu labor de forma lícita, passando a fazer "bicos" quando da retenção do seu documento de trabalho;

k) discorre sobre a proteção constitucional ao direito de locomoção e a excepcionalidade da prisão cautelar, aduzindo que o paciente não pode ser expulso em razão do princípio do *non-refoulement;*

l) a decisão é inconstitucional e ofende diversos tratados internacionais sobre direitos humanos;

m) requer a revogação da deportação, ou, subsidiariamente, sua suspensão por 90 (noventa) dias para que o paciente possa regularizar sua situação migratória;

n) subsidiariamente, revogação da prisão para fins de deportação diante da desproporcionalidade da medida;

o) ou ainda, subsidiariamente, seja submetido à liberdade vigiada;

p) designação de audiência de custódia perante o Juízo de 1º grau.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 16/48.

A liminar foi concedida parcialmente, a fim de determinar a realização de audiência de custódia (fls. 50/53), que foi efetivamente realizada no dia 14/10/2016, conforme informação prestada pela autoridade impetrada (fls. 59 vº).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 57/60).

Após vistar os autos, a Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem, na parte em que não prejudicada, tendo em vista a designação da audiência de custódia (fls. 63/65 vº).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão que visa assegurar a efetividade do processo de expulsão de estrangeiro do Brasil se encontra em pleno vigor e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, consoante vem decidindo essa Egrégia Corte Regional, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS*. EXPULSÃO. PRISÃO ADMINISTRATIVA. - A prisão administrativa para cumprimento de decreto de expulsão é medida que sobrevive no ordenamento jurídico pátrio, apenas saindo da esfera de atribuições do Ministério da Justiça para ingressar na competência da autoridade jurisdicional, por imposição do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Precedentes. - Necessidade da medida que se observa pelo comportamento anterior do paciente, que retornou ao país de modo irregular e cometeu novo delito. - Ordem denegada. (HC - HABEAS CORPUS - 47932 Processo: 0038978-41.2011.4.03.0000 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data do Julgamento: 07/02/2012 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2012 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR).
>
> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXPULSÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA PARA A SUA DECRETAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. FILHO NASCIDO NO BRASIL. CONVIVÊNCIA SÓCIO-AFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADAS. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVA, INCABÍVEL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. POSSIBILIDADE DE EXPULSÃO NA PENDÊNCIA DE PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão administrativa de estrangeiro submetido a processo de expulsão, prevista na Lei nº 6.815/80, é admitida mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, nos termos da ordem constitucional vigente. 2. A superveniência de prole brasileira não prejudica a expulsão anteriormente decretada. Como não bastasse, o paciente já havia sido expulso em ocasião ainda mais anterior, de sorte que a formação de família após o seu reingresso criminoso jamais poderia render ensejo à sua permanência no país. 3. Descabe, no *writ*, a dilação probatória que seria necessária para o exame quanto à prova de constituição de família no Brasil e das dificuldades financeiras, uma vez que demandaria minucioso exame e cotejo do material cognitivo. 4. A teor do artigo 67 da Lei 6.815/80, a expulsão de estrangeiro, desde que conveniente ao interesse nacional, poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação. 5. Ordem denegada (HC - HABEAS CORPUS - 38505 Processo: 0039990-61.2009.4.03.0000 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data do Julgamento: 15/12/2009 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2010 PÁGINA: 129 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF).
>
> *HABEAS CORPUS* - PRISÃO ADMINISTRATIVA PARA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO - LEI Nº 6.815/80, ARTIGOS 69 e 73 - LIBERDADE VIGIADA - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. I - A Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, expressamente prevendo a prisão administrativa do estrangeiro para fins de sua expulsão do país (artigo 69), a qual pode se dar "a qualquer tempo" e "por 90 (noventa) dias", prorrogável por igual prazo, quando for submetido a processo de expulsão, destinando-se a custódia cautelar "para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida", com a única ressalva de que a prisão somente pode ser ordenada, conforme a nova ordem constitucional, por ordem escrita e fundamentada e pela autoridade judiciária competente (Constituição Federal, artigo 5º, LXI). II - A prisão administrativa para fins de expulsão pode ser decretada "a qualquer tempo" e "ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação" (art. 67), pelo que não há impedimento legal a que o réu tenha sua expulsão procedida após o cumprimento da pena a que foi condenado, muito menos podendo se falar em "prescrição", que não tem previsão legal, bastando que o estrangeiro

venha a "de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais" (art. 65). III - No caso dos autos, a prisão foi decretada por autoridade judiciária competente (o juiz federal da localidade de seu domicílio, onde se encontrava preso em cumprimento da pena), mediante representação da autoridade policial em razão da instauração do inquérito destinado à expulsão do estrangeiro, em decisão fundamentada com a necessidade da custódia cautelar para assegurar a expulsão, à vista do seu estado de estrangeiro em situação irregular no país e do prazo necessário à conclusão do procedimento administrativo de expulsão, daí não se inferindo qualquer ilegalidade na prisão decretada. IV - Quando da impetração, o prazo da prisão administrativa decretada ainda não havia se encerrado, daí não decorrendo também qualquer ilegalidade. V - Ante a necessidade da prisão cautelar e o prazo regular da medida, inocorrentes as situações de concessão de liberdade vigiada do artigo 73 da Lei nº 6.815/80. VI - Por fim, a paternidade que seria impedimento à expulsão do estrangeiro, nos termos do artigo 75, II, "b", da Lei nº 6.815/80, exige produção de provas e verificação de situação fática a ser primeiramente exposta e analisada à autoridade administrativa competente, relativas à dependência econômica dos menores sob sua guarda e às regras dos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal, descabendo sua análise preliminar no âmbito estreito do procedimento de "habeas corpus" (que não admite produção de provas), aliando-se a isso o fato de que a própria paternidade do paciente, alegada nestes autos, não está devidamente comprovada, somente podendo ser reconhecida se devidamente formalizada junto ao registro civil competente ou mediante ação judicial própria junto ao juízo cível competente. VII - Ordem denegada. (HC 00375425220084030000, JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:12/02/2009 PÁGINA: 170..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Consta dos autos (fls. 18/20) que a Autoridade Policial representou pela decretação da prisão administrativa do paciente ao fundamento de que, após o indeferimento definitivo da solicitação de refúgio, foi recolhido o seu documento de identidade provisório, ocasião em que lhe foi notificado a deixar o país no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de deportação.

Informa a Autoridade Policial que, no dia seguinte ao recolhimento de seu documento de identidade provisório, o paciente registrou um Boletim de Ocorrência Eletrônico (BOE nº 1179734/2016) noticiando, falsamente, o extravio do documento que havia sido recolhido regularmente pela Polícia Federal. Por fim, o paciente compareceu na Polícia Federal para renovar sua permanência no país, solicitando prorrogação do protocolo de refúgio.

A prisão administrativa foi justificada pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de São Paulo/SP nos seguintes termos:

(...)
verifica-se que o estrangeiro João Bico Ucera permanece no território nacional de maneira ilegal, eis que, apesar de devidamente cientificado, no dias 09/06/2016, de que deveria deixar o país em 08 (oito) dias (fls. 05), não o fez até a presente data.
Não bastasse a insistência do estrangeiro em permanecer ilegalmente no território nacional, constata-se que registrou ocorrência falsa de extravio de seu documento, pois, na verdade, tal documento havia sido legalmente apreendido pela autoridade policial federal (fls.06), no dia anterior ao registro da referida ocorrência policial forjada (fls.08/09), o que revela o ardil do alienígena para manter-se no território nacional.
Ademais, a medida prisional solicitada é necessária para que as autoridades administrativas possam dar efetividade à deportação determinada, como, por exemplo, providenciar o agendamento de passagens com certa antecedência, a verificação de passaporte, imunização contra

> febre amarela, etc.
> (...)
> Assim nesse contexto é possível afirmar, então, que a prisão cautelar para fins de deportação do estrangeiro João Bico Ucera é medida que se revela necessária, sob pena de prejudicar o resultado útil da ordem de deportação que pesa sobre ele.
> Diante do exposto, defiro a representação formulada pela autoridade policial às fls. 02/04 e, com fundamento no artigo 61 da Lei nº 6.815/80, determino a expedição de mandado de prisão para fins de deportação do estrangeiro João Bica Ucera, com prazo de 30 (trinta) dias.
> (...).

Consoante se depreende da decisão supra transcrita, a necessidade de prisão do expulsando veio satisfatoriamente fundamentada e encontra embasamento legal, consoante o artigo 61 da Lei nº 6.815/90 (Estatuto do Estrangeiro), que estabelece a possibilidade de decretação da prisão administrativa do estrangeiro submetido às medidas de deportação e expulsão.

Consta, ainda, da decisão impugnada, que houve o indeferimento definitivo da solicitação de refúgio pelo Conare, bem como a tentativa frustrada do paciente em registrar a ocorrência falsa de extravio de seu documento com o intuito de permanecer no país.

Cumpre, por fim, consignar, que não há nos autos a cópia da decisão do Conare indicando os motivos pelos quais o pedido de refúgio foi indeferido.

É de se observar, contudo, a partir da leitura da inicial, que o fato de o paciente ser originário de um país politicamente instável e com condições socioeconômicas precárias não lhe aufere o direito de receber refúgio, pois tal reconhecimento só se dá nas situações de perseguição ou fundado temor de perseguição por razões políticas, de grupo social, nacionalidade, raça e religião, além de grave violação de direitos humanos no país de origem, o que não parece ser o caso dos autos.

Além disso, as alegações de que o paciente não recorreu da decisão do Conare por dificuldades com o idioma e por não compreender os trâmites burocráticos não merecem prosperar, sobretudo tendo em vista que o paciente se encontra no país desde 2013 e que, segundo a impetrante, sempre exerceu atividade laboral, não sendo plausível a alegação de dificuldades em compreender o idioma, restando patente a tentativa em frustrar a expulsão.

Quanto ao pedido para que seja deferida ao paciente a liberdade vigiada, não merece guarida, pois apesar de constar o seu endereço provisório, a tentativa em burlar a lei autoriza a conclusão de que, se posto em liberdade, é alta a probabilidade de que o ato de expulsão seja frustrado.

Ademais disso, de acordo com as informações prestadas pela autoridade impetrada, além de o paciente insistir em permanecer ilegalmente no país, registrou ocorrência falsa de extravio de seu documento, quando, na verdade, havia sido legalmente apreendido pela autoridade policial federal.

Não se constata, pois, flagrante ilegalidade ou abuso de poder na prisão com vistas a garantir a instrumentalização do decreto de expulsão em desfavor do paciente.

No entanto, merece melhor sorte o pleito de realização da audiência de custódia. Com efeito, embora da leitura do art. 7º, 5, da Convenção Americana, depreenda-se que o instituto é sobretudo destinado às lides penais, sabe-se que uma de suas finalidades, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é a fiscalização pelo Judiciário da regularidade da prisão e do tratamento dispensado ao preso.

Ademais, como o procedimento de deportação não está sujeito a uma maior formalização, nos termos do Estatuto do Estrangeiro, a audiência de custódia pode mostrar-se relevante à garantia dos direitos individuais e notadamente à aferição da existência de algum impedimento à deportação, que seriam aqueles que também impedem a extradição, nos termos do art. 63 do referido diploma legal, *in verbis*:

> Não se procederá à deportação se implicar em extradição inadmitida pela lei brasileira.

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem para, confirmando a liminar, determinar a realização da audiência de custódia, nos termos do voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL
0021621-72.2016.4.03.0000
(2016.03.00.021621-0)

Excipente: MARCOS ALVES PINTAR
Excepto: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES - QUINTA TURMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - EM SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL
Classe do Processo: Suspei 1289
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

DECISÃO

Vistos etc.,

Cuida-se de exceção de suspeição oposta contra o Desembargador Federal *Paulo Fontes* em face de sua participação no julgamento da apelação criminal nº 0003618-31.2009.4.03.6106.

Afirma o excipiente, em síntese, ter apresentado queixa-crime contra o Juiz Federal Dasser Lettiére Júnior (processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000), ação rejeitada pelo Desembargador Federal Márcio Moraes em decisão datada de 28.08.2014. Diante desta decisão interpôs agravo regimental visando a sua reforma pelo órgão colegiado, contudo, não teve notícia sobre o andamento do feito até o dia 08 de junho de 2016, quando publicado o acórdão. Nesta oportunidade teve conhecimento de que o excepto participara do julgamento.

Analisando o acórdão constatou que a decisão havia sido proferida com parcialidade, visando proteger o magistrado querelado. Afirma que o órgão colegiado distorceu o teor de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 5134/MG) para gerar a impunidade do magistrado acusado. Portanto o excepto, ao votar no processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000, o fez em evidente má-fé processual para prejudicar o agora excipiente.

Os autos foram recebidos na Presidência deste E. Tribunal em 28.11.2016.

A fl. 809 foi determinada a intimação do excipiente para que emendasse a sua petição inicial.

Atendendo ao comando judicial o excipiente emendou a petição inicial com os seguintes esclarecimentos (fls. 811/814):

* Que o incidente é tempestivo porque protocolado antes do início do julgamento;

* Que as considerações apresentadas referentes ao processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000 demonstram de forma clara a suspeição do excepto para atuar no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106.

* Que o excepto não julga as ações envolvendo advogados e magistrados tomando o direito, já que "de forma parcial, ele primeiro estabelece o resultado tomando por base o que interessa para sua categoria profissional, depois sai em busca dos argumentos que justificariam em tese o posicionamento que adota" (*sic*). E que no processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000 o juiz federal Dasser Lettiére Júnior é acusado por ter praticado crime contra o advogado Marcos Alves Pintar, enquanto no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106 ocorre o inverso. Por ambos os processos envolverem as mesmas partes, o excepto não reúne condições de isenção necessárias para o julgamento.

É o relatório.

Decido.

Reconheço a competência desta Presidência para relatar e julgar o feito, nos termos do artigo 103, § 4º, CPP, e do artigo 284, § 4º, do RITRF3.

Ao contrário do que apregoa o excipiente, a exceção de suspeição apresentada *não pode ser tida como tempestiva*. Ao reverso, notória a intempestividade.

Com efeito, preceitua o artigo 282 do Regimento Interno desta Corte:

> Art. 282 - A argüição de suspeição do Relator poderá ser suscitada até 15 (quinze) dias após a distribuição, quando fundamentada em motivo preexistente; no caso de motivo superveniente, o prazo de 15 (quinze) dias será contado a partir do fato que ocasionou a suspeição. A argüição de suspeição do Revisor poderá ser suscitada em iguais prazos, após a conclusão; *a argüição de suspeição dos demais Desembargadores Federais, até o início do julgamento*. - grifo inexistente no original.

De forma mendaz o excipiente afirma que "conforme se infere pelos autos, antes do início do julgamento o Excipiente ingressou com a exceção, protocolando a peça no dia 10 de outubro de 2016 no período da manhã" (fl. 813, item 4). Acontece que o protocolo da petição (fl. 04) deixa incontroverso que o incidente foi protocolado na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto no dia 10.10.2016 às *14h01*, portanto no período da tarde.

E, de acordo com o Regimento Interno, as sessões ordinárias começam às 14h00 (artigo 135), de modo que o incidente foi apresentado depois do início da sessão.

Não bastasse a hora do protocolo, deve-se ter em mente que a apelação no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106 foi julgada no Tribunal, com sede na cidade de São Paulo, enquanto a exceção de suspeição foi apresentada na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, por meio do protocolo integrado. Óbvio, neste caso, que a existência da exceção de suspeição não chegaria - como não chegou - ao conhecimento dos integrantes do Órgão Especial antes do início do julgamento do apelo.

O dispositivo regimental que regulamenta o prazo para se apresentar exceção de suspeição de membro de órgão colegiado, ao dispor que o incidente deverá ser apresentado até o início do julgamento, tem por objetivo impedir o pronunciamento jurisdicional nulo ou anulável, viciado pela participação de desembargador impedido ou suspeito. Impede-se, assim, a análise inútil de um processo, já que toda discussão a respeito da matéria será estéril.

Não à toa que a legislação processual brasileira dispõe, a respeito do tema, que as alegações de impedimento e de suspeição devem ser formuladas antes da apreciação do pedido, isto é, antes da análise de mérito a ser feita com a sentença ou no julgamento da apelação. Inadmite-se a oposição de exceção de suspeição após o julgamento do processo, pois com isso estar-se-ia conspirando contra o princípio da segurança jurídica, que visa preservar as decisões emanadas do Poder Judiciário.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRAZO PARA OFERECIMENTO. CIÊNCIA DO FATO CAUSADOR DA SUSPEIÇÃO. PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. VEDAÇÃO DE ARGUIÇÃO APÓS INICIADO O JULGAMENTO DO FEITO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS DECISÕES JUDICIAIS. REEXAME QUANTO À DATA DA CIÊNCIA DA SUSCITADA SUSPEIÇÃO. SÚMULA Nº 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A arguição de suspeição deve ser suscitada na primeira oportunidade em que couber à parte interessada se manifestar nos autos (§ 1º, do art. 138, do CPC), observado o prazo de até 15 (quinze) dias contados da data ciência do fato causador da alegada suspeição, (arts. 304 e 305, do CPC).
2. *In casu*, o aresto recorrido, baseando-se em certidão da Diretoria da Quinta Turma Cível do Tribunal de origem, concluiu que o quórum originário para julgamento do Agravo de Instrumento, no âmbito do qual surgiu a suscitada suspeição, dar-se-ia, pelo Relator, o 1º Vogal, na pessoa do Desembargador excepto, e do 2º Vogal pela Desembargadora que teve que se ausentar temporariamente e foi substituída por outro Desembargador.
3. Consectariamente, nos termos do aresto recorrido, que decidiu com ampla cognição fático-probatória, cuja revisão revela-se vedada em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula nº 07/STJ, o excipiente tinha conhecimento da composição do órgão colegiado desde a distribuição do feito haja vista que o excepto integraria o quórum originário em nada afetando, para fins de suscitada suspeição, a substituição da Desembargadora ocorrida na data do julgamento do recurso.
4. *A suspeição do julgador somente pode ser arguida enquanto não realizado o julgamento do feito. Inaugurar a possibilidade de apresentação da exceção após a prolação de voto de primeiro vogal conspiraria contra o Princípio da Segurança Jurídica que visa preservar as decisões judiciais*. (Precedentes: AgRg na ExSusp 14/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 248; REsp 151768/RN, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/1998, DJ 26/04/1999 p. 107 REsp 520.026/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 01/02/2005 p. 481 RMS 2022/RJ, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/1993, DJ 18/10/1993 p. 21871)
5. Diversa seria a hipótese se a suposta suspeição adviesse da substituição de Desembargador que não compareceu na sessão de julgamento do feito. Todavia a revisão do julgado, *in casu*, revela-se incabível haja vista que a *exceptio suspicionis*, rejeitada pela instância *a quo* à luz de elementos fático-probatórios, interdita o E. STJ invadir a questão de prova, obstada pela Súmula 07 da Corte.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
(STJ, REsp 955783/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.2010, DJe 20.05.2010) - grifo meu.

Assim, considerando a inobservância das normas regimentais, forçoso o reconhecimento da intempestividade do incidente. Como corolário, deixo de apreciar os argumentos meritórios veiculados pelo excipiente diante da manifesta prejudicialidade dos mesmos.

Ante o exposto, dada a manifesta intempestividade, *REJEITO LIMINARMENTE* a presente exceção de suspeição, nos termos do artigo 285, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se.

Intimem-se.

Comunique-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se.

São Paulo, 03 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - em substituição regimental

Direito Tributário

APELAÇÃO CÍVEL
0000440-22.2005.4.03.6104
(2005.61.04.000440-4)

Apelante: ELIAS CHAMISO E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AC 1258822
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. IMPOSTO DE RENDA SOBRE DIFERENÇAS SALARIAIS PERCEBIDAS ACUMULADAMENTE. INCIDÊNCIA. REGIME DE COMPETÊNCIA. TRIBUTAÇÃO INCIDENTE SOBRE OS JUROS DE MORA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA.
- Trata-se de ação autônoma, que trata exclusivamente da cobrança de tributo de responsabilidade da União, que, saliente-se, sequer fez parte da relação processual na Justiça do Trabalho, a qual examinou a reclamação proposta pelos autores contra a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP. Desse modo, tal feito não se enquadra no artigo 114 da Lei Maior, mas sim no mencionado inciso I do artigo 109, com o que a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Federal.
- Imposto de renda sobre *diferenças salariais*. Nos termos da legislação referente ao imposto sobre a renda (mais especificamente o artigo 43 do Código Tributário Nacional), o recebimento de verbas que ostentem caráter salarial, ainda que em atraso, configuram acréscimo patrimonial a atrair a incidência da exação em debate, salvo no caso de quantias consideradas indenizatórias. No que concerne às *diferenças salariais,* resta necessário reconhecer a subsunção dessa verba na hipótese de incidência do IR, uma vez que consistem em uma contraprestação ao trabalhador. Assim, conclui-se que referido numerário não constitui indenização e, portanto, não se encontra acobertado pela não incidência de IR, o que permite manter o capítulo da sentença relativo a essa questão.
- A matéria relativa aos demais dispositivos suscitados pela apelante, quais sejam, Decreto-lei nº 2.335/87 e artigo 43 da Lei nº 8.541/92, não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões explicitadas.
- Imposto de renda sobre verbas trabalhistas pagas acumuladamente. Nos termos da redação do artigo 12 da Lei nº 7.713/1988 e dos artigos 56 e 640 do Decreto nº 3.000/1999, o imposto de renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, deverá incidir no mês do recebimento do crédito e sobre o total do montante. Todavia, a referida legislação determina o momento de incidência do tributo e não a sua forma de cálculo. Na aferição da exação, como no caso concreto, devem ser consideradas as alíquotas das épocas a que se referem. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento do Recurso Especial nº 1.118.429/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, sedimentou entendimento de que o tributo não pode ser cobrado com base no montante global e deve ser considerada a alíquota vigente no período em que as parcelas deveriam ter sido pagas.

- É certo que deverá incidir o imposto de renda, nos termos do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal e dos artigos 43 a 45, 116 e 144 do Código Tributário Nacional, pois os valores em debate têm natureza de renda e representam acréscimo patrimonial. Contudo, é ilegítima a cobrança com a alíquota da época do pagamento do montante acumulado e sobre a totalidade da importância. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o indébito deverá ser calculado com a incidência do imposto sob o regime de competência, consideradas, ainda, as declarações de ajuste anual dos autores no período, a fim de compor a base de cálculo que irá determinar a faixa de incidência. Assim, tem-se que a decisão proferida pelo juízo *a quo* deve ser reformada quanto a esse capítulo.
- Saliente-se que não se trata de aplicação do art. 12-A da Lei nº 7.713/1988, mas do artigo 12 da mesma lei, com relação ao qual não há que se falar em negativa de vigência ou de validade nem em afronta ao art. 97 da Constituição Federal (Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal), pois, como visto, tal norma determina o momento de incidência do imposto de renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, e não a sua forma de cálculo, razão pela qual igualmente não se cogita de aplicação equitativa *contra legem*.
- Imposto de renda sobre juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas pagas acumuladamente. O artigo 153, inciso III, prevê a competência da União para instituir imposto sobre *renda e proventos de qualquer natureza*. O artigo 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica *de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos* (inciso I) e *de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior* (inciso II). É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. Devem ser consideradas, ainda, as hipóteses de isenção ou não incidência legalmente previstas.
- A controvérsia está em se determinar se os juros de mora subsumem-se na hipótese de incidência do imposto de renda. Nos termos do artigo 110 do CTN, 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*. Reconhece-se que há inúmeros debates quanto à conceituação da palavra "renda", a qual não está expressa na Constituição Federal. Acerca do tema, registre-se trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa proferido no RE nº 582.525/SP. Não obstante toda essa discussão, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já se encontrava em vigor a Lei nº 4.506/1964, que dispõe sobre o imposto de renda em seu artigo 16, em que o parágrafo único classifica os juros de mora provenientes do atraso no pagamento das remunerações descritas nos incisos do *caput* como rendimentos de trabalho assalariado. Como bem observado pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto cujo trecho foi anteriormente mencionado, mesmo que uma palavra citada na Lei Maior possa ter diversos significados, *não pode ela significar qualquer coisa ao alvedrio do legislador infraconstitucional*. Prossegue o Ministro: *Por maior que seja a ambigüidade da expressão* "renda e proventos de qualquer natureza*", a respectiva definição não fica ao exclusivo arbítrio do legislador complementar ou ordinário*. Necessário examinar, portanto, a natureza dos juros moratórios para verificar se a qualificação

dada pelo artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 4.506/1964 é legítima diante da hipótese de incidência constitucionalmente prevista (artigo 153, inciso III) e da descrição do fato gerador e da base de cálculo feita pela lei complementar (artigo 43 do CTN).
- Os juros de mora visam a recompor a lesão verificada no patrimônio do credor em razão da demora do devedor, representam uma penalidade a ele imposta pelo retardamento culposo do adimplemento e têm natureza indenizatória autônoma, independentemente do caráter da prestação principal. Destarte, não se equiparam aos lucros cessantes. Em realidade, o pressuposto do pagamento é o dano que deve ser recuperado, de forma que não é gerada riqueza nova, na medida em que, primeiramente, houve um prejuízo e, só depois, um crédito. A indenização é paga somente para recompor a perda havida. Tanto é assim que o novo Código Civil trouxe em seu artigo 404 a seguinte redação: Art. 404. *As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional*. Parágrafo único. *Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*. Da leitura do dispositivo resta evidente não se tratar da concepção em que juros representam a remuneração do capital e, consequentemente, não se enquadram no conceito de renda ou acréscimo patrimonial. O núcleo de materialidade do imposto de renda é constitucionalmente previsto (artigo 153, inciso III). O Código Tributário Nacional (artigo 43) estabelece as normas gerais que lhe são relacionadas, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea *a*, da CF. Ao legislador infraconstitucional caberia tão somente a tarefa de acrescentar-lhe os demais elementos imprescindíveis para a constituição da regra-matriz de incidência tributária. No entanto, no caso do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 4.506/1964, tais limites não foram observados e há evidente incompatibilidade com a Lei Maior por ter sido alargado o núcleo de materialidade do tributo. Considerado que a lei é anterior à Constituição Federal de 1988, essa norma não pode ter sido recepcionada e, portanto, não tem aplicabilidade.
- Saliente-se que não há desrespeito à cláusula de reserva de plenário, eis que não há qualquer juízo de inconstitucionalidade, nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
- Dessa forma, os juros moratórios não são passíveis de incidência de imposto de renda e a sentença deve ser reformada nesse tópico.
- Saliente-se que a redação dos demais dispositivos suscitados pela União em sede de contrarrazões, quais sejam, artigo 43 do RIR/99, artigo 111, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, artigo 457 da CLT e artigo 3º da Lei nº 9.250/95 não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões já expostas.
- Encargos legais. A correção monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, o qual estabelece que a partir de janeiro 1996, como no caso dos autos, incide tão somente a SELIC. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No que se refere aos juros de mora (artigo 161 do CTN), o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e nº 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no

sentido de que nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários são eles devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/1995, artigo 30 da Lei nº 10.522/2002 e artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do CTN, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.
- Honorários advocatícios. Os autores foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Entretanto, à vista do presente julgamento, há que se reconhecer a sucumbência mínima do contribuinte e, em consequência, condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios. O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de que, vencida a fazenda pública, a definição do montante deverá ser feita conforme apreciação equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, sem limitação aos percentuais indicados no § 3º do mesmo artigo. Por outro lado, o valor não pode ser inferior a 1% do valor da causa, sob pena de ser considerado irrisório, segundo orientação daquela mesma corte superior. Dessa maneira, considerados o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a natureza e o valor da demanda (em novembro de 2004 era de R$ 25.000,00), justifica-se a fixação dos honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais), pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional.
- Preliminar rejeitada e dado parcial provimento à apelação dos autores para reformar em parte a sentença, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e reconhecer-lhes o direito ao cálculo pelo regime de competência do IR incidente sobre o numerário percebido acumuladamente sob a rubrica *diferenças salariais* e, ademais, condenar a União à restituição de eventuais valores indevidamente cobrados a título de imposto de renda sobre referido montante, assim como o incidente sobre os juros de mora, devidamente atualizados pela taxa SELIC, e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguída pela fazenda em sede de contrarrazões, bem como dar parcial provimento à apelação dos autores para reformar em parte a sentença, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e reconhecer-lhes o direito ao cálculo pelo regime de competência do IR incidente sobre o numerário percebido acumuladamente sob a rubrica *diferenças salariais* e, ademais, condenar a União à restituição de eventuais valores indevidamente cobrados a título de imposto de renda sobre referido montante, assim como o incidente sobre os juros de mora, devidamente atualizados pela taxa SELIC, e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação interposta pelos autores contra sentença (fls. 188/195) que julgou improcedente o pedido e condenou-os ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Os autores argumentam na apelação (fls. 200/209), em síntese, que:

a) os rendimentos auferidos por meio de reclamação trabalhista e decorrentes de *recomposição inflacionária* (atrasados da URP - aplicação do Decreto-lei nº 2.335/87) devem ser isentos de tributação pelo imposto de renda, dado que se trata de *mera manutenção do poder aquisitivo do salário* (artigo 43 do Código Tributário Nacional e artigo 43 da Lei nº 8.541/92);

b) ainda que sejam consideradas de natureza salarial, tais verbas devem ser tributadas pelo regime de competência, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.541/92 e artigo 3º da Lei nº 9.250/95);

c) os juros moratórios não podem sofrer a incidência do imposto de renda, porquanto têm natureza indenizatória (artigo 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.541/92).

Em contrarrazões (fls. 212/222), a União alega, resumidamente, que:

a) as questões de fato e de direito a envolverem a incidência do imposto de renda sobre o numerário foram devidamente analisadas e decididas nos autos de reclamação trabalhista e, portanto, já estariam *sob o manto da coisa julgada* (artigo 46 da Lei nº 8.541/92, artigo 43 da Lei nº 8.212/91 e artigo 114, § 3º, da Constituição Federal);

b) as verbas referentes aos atrasados de URP e recebidas por meio de provimento judicial (inclusive os juros moratórios) têm caráter remuneratório e, portanto, são passíveis de incidência pelo IR (artigo 43 do RIR/99, artigos 43, inciso II, 111, incisos I e II, e 123 do Código Tributário Nacional e artigo 457 da CLT);

c) com relação ao cálculo, o imposto de renda incidente sobre os rendimentos acumulados devem ser tributados pelo regime de caixa, conforme artigo 12 da Lei nº 7.713/88 e artigo 3º da Lei nº 9.250/95.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

A ação de repetição de indébito foi proposta com o objetivo de que fossem restituídos valores relativos à retenção indevida de imposto de renda incidente sobre verbas recebidas acumuladamente em decorrência de reclamação trabalhista, bem como sobre os juros de mora. A sentença recorrida julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que o numerário recebido ostentaria caráter salarial, uma vez que seria relativo a *reajuste salarial* e, ademais, afirmou que os juros de mora, pela sua qualidade de acessório, *seguem a sorte do principal*. A apelação foi interposta com a finalidade de que não haja incidência do IR sobre os montantes recebidos a título de *recomposição monetária de salários por reajuste previsto em lei* e de juros moratórios ou, subsidiariamente, seja observado o regime de competência no que concerne ao cálculo desse imposto.

Ressalte-se que as quantias abrangidas pela reclamação trabalhista (certidão da Justiça do Trabalho - fls. 69/72) e sobre as quais gira a controvérsia a respeito da incidência do tributo em comento foram as *diferenças salariais* e os correspondentes juros de mora. Destarte, cumpre perquirir acerca da natureza jurídica delas, a fim de se analisar, em primeiro plano, a respeito da incidência ou não do imposto sobre a renda e eventual regime de tributação, se assim o exigir.

I - Da coisa julgada

Os autores ajuizaram esta demanda contra a apelante para que lhe fossem devolvidos valores concernentes ao imposto de renda que incidiu sobre verbas percebidas em virtude de sentença trabalhista. É, portanto, ação autônoma, que trata exclusivamente da cobrança de tributo de responsabilidade da União, que, saliente-se, sequer fez parte da relação processual na Justiça do Trabalho, a qual examinou a reclamação proposta pelos autores contra a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP (fls. 69/72). Desse modo, tal feito não se enquadra no artigo 114 da Lei Maior, mas sim no mencionado inciso I do artigo 109, com o que a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Federal. Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 132.050 - RJ (2013/0421964-4)
> RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
> SUSCITANTE: JUÍZO DA 15A VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO - RJ
> SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 20A VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
> INTERES.: MAURO BASTOS NOGUEIRA
> ADVOGADO: RAFAEL AUGUSTO VALENTE CARVALHO DE MENDONÇA
> INTERES.: FAZENDA NACIONAL
> ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF
> *PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO DO TRABALHO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE IRRF. DEMANDA AUTÔNOMA AJUIZADA EM DESFAVOR DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 109, I, DA CF. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL, SUSCITADO.*
> DECISÃO
> Trata-se de conflito negativo de competência instaurado pelo Juízo da 15ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro em face de decisão do Juízo Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da ação ajuizada por Mauro Bastos Nogueira em desfavor da União (Fazenda Nacional), pela qual o autor busca a repetição de indébito tributário de IRRF.
> A ação foi proposta no Juízo Federal, ora suscitado, o qual declarou a sua incompetência, declinando-a em favor do Juízo do Trabalho, sob a seguinte fundamentação (fl. 48):
> Trata-se de ação ajuizada por MAURO BASTOS NOGUEIRA em face da UNIÃO, objetivando a restituição de valores retidos a título de imposto de renda, incidentes sobre verbas trabalhistas.
> O demandante alegou, para tanto, serem estes valores decorrentes de incidência indevida de IRRF sobre verba oriunda de reclamação trabalhista ajuizada em face da EBCT, que tramitou na 15ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, conforme cálculos de fls. 10/15.
> Falece competência à Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, não comportando maiores digressões, tendo em vista o entendimento do Eg. STF sobre o tema, consignando à Justiça Laboral a competência para apreciar questão referentes aos descontos do imposto de renda incidentes sobre verbas trabalhistas.
> O Juízo do Trabalho, ora suscitante, por sua vez, entendeu que não possui competência para apreciar a demanda, "já que, apesar de ter origem em cumprimento de sentença trabalhista,

não se trata de incidente da execução, o que estaria dentro da competência do órgão executante" (fl. 138), cabendo à Justiça Federal o seu julgamento, nos termos do art. 109, I, da CF/88.
O Ministério Público opina pela competência do juízo suscitado, nos termos da seguinte ementa (fls. 24):
Conflito Negativo de Competência. Ação de Repetição de Indébito Tributário decorrente de execução trabalhista já finda. Discussão acerca do Imposto de Renda Pessoa Física. Ação autônoma ajuizada em face da União. Competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso I, da CF/88). Precedente. Parecer pelo conhecimento do Conflito Negativo de Competência, dando-o por procedente, proclamando-se a competência do Juízo Suscitado (Justiça Federal) para conhecer a julgar a causa.
É o relatório. Decido.
Conforme relatado, cuida de ação ordinária ajuizada por Mauro Bastos Nogueira em desfavor da União (Fazenda Nacional), com o objetivo de repetir suposto indébito tributário de imposto de renda que incidiu sobre verbas recebidas em face de sentença trabalhista.
Tem-se, portanto, que o caso não cuida de incidente na execução da sentença trabalhista, até porque o tributo decorrente daquele provimento judicial fora recolhido e tal execução já encerrou.
Cuida-se, sim, de demanda autônoma de repetição de indébito tributário ajuizada em desfavor da União, razão pela qual deve ser processada perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF.
A esse respeito:
"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUSTIÇA FEDERAL E TRABALHISTA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RECOLHIDAS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS. ARTIGO 114 CF/88. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
1. Com as alterações do art. 114 da CF/88, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, ampliou-se a competência da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe, inclusive, executar, de ofício, as 'contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir'.
2. Todavia, não se inclui na competência da Justiça Trabalhista processar e julgar ação de repetição de indébito tributário movida contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ainda que o pagamento alegadamente indevido tenha sido efetuado como decorrência de sentença trabalhista.
3. Compete à Justiça Federal processar e julgar a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou opoente (CF, art. 109, I).
4. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário da Subseção Judiciária de Campo Grande - MS, o suscitado" (CC 98476/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 09/12/2008).
"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 114, INCISO VIII, DA CARTA MAGNA. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, INCISO I, DA CF/88.
I - A questão em debate não se amolda à previsão contida no artigo 114, inciso VIII, da Constituição Federal/88, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual trata da 'execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir'.
II - *In casu*, o autor requer a restituição de valor recolhido indevidamente, a título de imposto de renda, sobre verbas indenizatórias, contra a União, quando da execução de sentença trabalhista ajuizada contra a ex-empregadora.
III - Constando a União, autarquias ou empresas públicas federais como autoras, rés, assistentes ou opoentes, a competência para o julgamento da ação é da Justiça Federal, conforme previsão do art. 109, inciso I, da Carta Magna.

IV - Agravo regimental improvido" (AgRg no CC 91596/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 17/11/2008).
No mesmo sentido: CC 56.946/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 27/08/2007; CC 63.643/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 12/02/2007.
Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Federal, ora suscitado.
Comunique-se aos juízos suscitante e suscitado.
Publique-se.
Brasília (DF), 14 de março de 2014.
MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator
(Ministro BENEDITO GONÇALVES, 19/03/2014 - ressaltei e grifei)

Assim, rejeito a preliminar suscitada pela fazenda em sede de contrarrazões (212/222).

II - Imposto de renda sobre diferenças salariais

Nos termos da legislação referente ao imposto sobre a renda (mais especificamente o artigo 43 do Código Tributário Nacional), o recebimento de verbas que ostentem caráter salarial, ainda que em atraso, configuram acréscimo patrimonial a atrair a incidência da exação em debate, salvo no caso de quantias consideradas indenizatórias. No que concerne às *diferenças salariais,* resta necessário reconhecer a subsunção dessa verba na hipótese de incidência do IR, uma vez que consiste em uma contraprestação ao trabalhador. Assim, conclui-se que referido numerário não constitui indenização e, portanto, não se encontra acobertado pela não incidência de IR, o que permite manter o capítulo da sentença relativo a essa questão.

A matéria relativa aos demais dispositivos suscitados pela apelante, quais sejam, Decreto-lei nº 2.335/87 e artigo 43 da Lei nº 8.541/92, não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões explicitadas.

III - Imposto de renda sobre verbas trabalhistas pagas acumuladamente

Nos termos da redação do artigo 12 da Lei nº 7.713/1988 e dos artigos 56 e 640 do Decreto nº 3.000/1999, o imposto de renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, deverá incidir no mês do recebimento do crédito e sobre o total do montante. Todavia, a referida legislação determina o momento de incidência do tributo e não a sua forma de cálculo. Na aferição da exação, como no caso concreto, devem ser consideradas as alíquotas das épocas a que se referem. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE.
1. *No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos.*
2. *O art. 12 da Lei 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não o modo de calcular o imposto.*
3. Agravo regimental não-provido
(AgRg no REsp 641.531/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, Julg.: 21/10/2008, v.u., DJe 21/11/2008 - ressaltei)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento do Recurso Especial nº

1.118.429/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, sedimentou entendimento de que o tributo não pode ser cobrado com base no montante global e deve ser considerada a alíquota vigente no período em que as parcelas deveriam ter sido pagas, *verbis:*

> TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA.
> 1. O Imposto de renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ.
> 2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.
> (REsp 1118429/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 14/05/2010)

Destaque-se a aplicabilidade do julgado especificamente ao caso de imposto de renda incidente sobre verbas trabalhistas recebidas acumuladamente:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS TRABALHISTAS DECORRENTES DE RESCISÃO. APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. REGIME DE COMPETÊNCIA. JUROS DE MORA. ISENÇÃO.
> 1. "O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ" (REsp 1.118.429/SP, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/5/2010).
> [...]
> 3. *Hipótese em que o recorrido, por força de decisão judicial, recebeu, acumuladamente, verbas trabalhistas decorrentes de rescisão de contrato de trabalho.*
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1238127/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 18/03/2014 - ressaltei)

É certo que deverá incidir o imposto de renda, nos termos do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal e dos artigos 43 a 45, 116 e 144 do Código Tributário Nacional, pois os valores em debate têm natureza de renda e representam acréscimo patrimonial. Contudo, é ilegítima a cobrança com a alíquota da época do pagamento do montante acumulado e sobre a totalidade da importância. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o indébito deverá ser calculado com a incidência do imposto sob o regime de competência, consideradas, ainda, as declarações de ajuste anual dos autores no período, a fim de compor a base de cálculo que irá determinar a faixa de incidência.

Assim, tem-se que a decisão proferida pelo juízo *a quo* deve ser reformada quanto a esse capítulo.

Saliente-se que não se trata de aplicação do art. 12-A da Lei nº 7.713/1988, mas do artigo 12 da mesma lei, com relação ao qual não há que se falar em negativa de vigência ou de validade nem em afronta ao art. 97 da Constituição Federal (Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal), pois, como visto, tal norma determina o momento de incidência do imposto de

renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, e não a sua forma de cálculo, razão pela qual igualmente não se cogita de aplicação equitativa *contra legem*.

IV - Imposto de renda sobre juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas pagas acumuladamente

O artigo 153, inciso III, prevê a competência da União para instituir imposto sobre *renda e proventos de qualquer natureza*. O artigo 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica *de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos* (inciso I) e *de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior* (inciso II). É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. Devem ser consideradas, ainda, as hipóteses de isenção ou não incidência legalmente previstas.

A controvérsia está em se determinar se os juros de mora subsumem-se na hipótese de incidência do imposto de renda. Nos termos do artigo 110 do CTN, 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*. Reconhece-se que há inúmeros debates quanto à conceituação da palavra "renda", a qual não está expressa na Constituição Federal. Acerca do tema, registre-se trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa proferido no RE nº 582.525/SP:

> [...] Em uma série de precedentes, o Supremo Tribunal Federal examinou o alcance semântico dos vocábulos empregados pela Constituição, para examinar se a legislação infraconstitucional que instituía tributos se adequava ou não aos parâmetros postos pela competência tributária. Registro, por exemplo, as discussões acerca dos conceitos de serviços e locação de bens móveis (ISS e locação - RE 201.465), indenização e renda (RE 188.684, rel. min. Moreira Alves, DJ de 07.06.2002), e faturamento e receita bruta (Cofins).
> Em mais de uma ocasião a Corte afirmou que a estipulação dos conceitos em matéria tributária não está à livre disposição do legislador infraconstitucional.
> Todos os precedentes mencionados denotam que o Supremo Tribunal Federal considera pertencer ao contencioso constitucional a investigação acerca do alcance semântico das palavras utilizadas pela Constituição para demarcar a competência tributária. Em sentido semelhante ao que sustentou *UMBERTO ECO* (Os Limites da Interpretação, 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004), a jurisprudência da Corte aponta, em termos gerais, à existência de uma espécie de *direito do texto Constitucional à interpretação*. Quer dizer, embora uma mesma palavra utilizada na Carta Magna possa significar várias coisas, não pode ela significar *qualquer coisa* ao alvedrio do legislador infraconstitucional. Por maior que seja a ambigüidade da expressão "renda e proventos de qualquer natureza", a respectiva definição não fica ao exclusivo arbítrio do legislador complementar ou ordinário.
> Passo ao exame de mérito e enfrento a alegada violação do conceito constitucional de renda (art. 153, III da Constituição).
> A Constituição de 1988 permite a tributação da "renda e proventos de qualquer natureza" (art. 153, III) sem estipular, expressamente, um conceito para *renda* ou para *proventos*, que são as bases de cálculo *constitucionais* do tributo.
> Por outro lado, não há um conceito ontológico para renda, de dimensões absolutas, caráter imutável e *existente independentemente da linguagem*, que possa ser violado pelo legislador complementar ou pelo legislador ordinário, dado que se está diante de um *objeto cultural*.
> A inexistência de um conceito ontológico para lucro ou renda já foi examinada pela Corte, por

> ocasião do julgamento do RE 201.465 (red. p/ acórdão min. Nelson Jobim, DJ de 17.10.2003), precedente que versa sobre efeito da inflação sobre as demonstrações financeiras e sobre a fixação da base de cálculo do IRPJ, na modalidade lucro real (Leis 8.200/1991 e 8.682/1993). Assim, nos quadrantes do sistema constitucional tributário, o conceito de renda somente pode ser estipulado a partir de uma série de influxos provenientes do sistema jurídico, como a proteção ao mínimo existencial, o direito ao amplo acesso à saúde, a capacidade contributiva, a proteção à livre iniciativa e à atividade econômica, e de outros sistemas com os quais o Direito mantém acoplamentos, como o sistema econômico e o contábil.
> Não há consenso, na doutrina ou na jurisprudência, acerca do alcance da expressão renda. O cerne das discrepâncias, como já alertava *BULHÕES PEDREIRA* em 1971 (Impôsto de Renda. Rio de Janeiro: Justec, 1971, p. 2-10), tem por origem a circunstância de a maioria dos autores "ao procurarem definir renda, não se preocupar em saber o que é renda, e sim o que, no seu entender deve ser considerado renda pessoal como base da incidência do imposto". [...]

Não obstante toda essa discussão, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já se encontrava em vigor a Lei nº 4.506/1964, que dispõe sobre o imposto de renda e cujo artigo 16 estabelece:

> Art. 16. Serão classificados como rendimentos do trabalho assalariado tôdas as espécies de remuneração por trabalho ou serviços prestados no exercício dos empregos, cargos ou funções referidos no artigo 5º do Decreto-lei número 5.844, de 27 de setembro de 1943, e no art. 16 da Lei número 4.357, de 16 de julho de 1964, tais como:
> I - Salários, ordenados, vencimentos, soldos, soldadas, vantagens, subsídios, honorários, diárias de comparecimento;
> II - Adicionais, extraordinários, suplementações, abonos, bonificações, gorjetas;
> III - Gratificações, participações, interêsses, percentagens, prêmios e cotas-partes em multas ou receitas;
> IV - Comissões e corretagens;
> V - Ajudas de custo, diárias e outras vantagens por viagens ou transferência do local de trabalho;
> VI - Pagamento de despesas pessoais do assalariado, assim entendidas aquelas cuja dedução ou abatimento a lei não autoriza na determinação da renda líquida;
> VII - Aluguel do imóvel ocupado pelo empregado e pago pelo empregador a terceiros, ou a diferença entre o aluguel que o empregador, paga pela locação do prédio e o que cobra a menos do empregado pela respectiva sublocação;
> VIII - Pagamento ou reembôlso do impôsto ou contribuições que a lei prevê como encargo do assalariado;
> IX - Prêmio de seguro individual de vida do empregado pago pelo empregador, quando o empregado e o beneficiário do seguro, ou indica o beneficiário dêste;
> X - Verbas, dotações ou auxílios, para representações ou custeio de despesas necessárias para o exercício de cargo, função ou emprêgo;
> XI - Pensões, civis ou militares de qualquer natureza, meios-soldos, e quaisquer outros proventos recebidos do antigo empregador de institutos, caixas de aposentadorias ou de entidades governamentais, em virtude de empregos, cargos ou funcões exercidas no passado, excluídas as correspondentes aos mutilados de guerra ex-integrantes da Fôrça Expedicionária Brasileira.
> Parágrafo único. *Serão também classificados como rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora* e quaisquer outras indenizações *pelo atraso no pagamento das remunerações previstas neste artigo*. [ressaltei]

O parágrafo único classifica os juros de mora provenientes do atraso no pagamento das

remunerações descritas nos incisos do *caput* como rendimentos de trabalho assalariado. Como bem observado pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto cujo trecho foi anteriormente mencionado, mesmo que uma palavra citada na Lei Maior possa ter diversos significados, *não pode ela significar qualquer coisa ao alvedrio do legislador infraconstitucional*. Prossegue o Ministro: *Por maior que seja a ambigüidade da expressão "*renda e proventos de qualquer natureza*", a respectiva definição não fica ao exclusivo arbítrio do legislador complementar ou ordinário*. Necessário examinar, portanto, a natureza dos juros moratórios para verificar se a qualificação dada pelo artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 4.506/1964 é legítima diante da hipótese de incidência constitucionalmente prevista (artigo 153, inciso III) e da descrição do fato gerador e da base de cálculo feita pela lei complementar (artigo 43 do CTN).

Entendo que os juros de mora visam a recompor a lesão verificada no patrimônio do credor em razão da demora do devedor, representam uma penalidade a ele imposta pelo retardamento culposo do adimplemento e têm natureza indenizatória autônoma, independentemente do caráter da prestação principal. Destarte, não se equiparam aos lucros cessantes. Em realidade, o pressuposto do pagamento é o dano que deve ser recuperado, de forma que não é gerada riqueza nova, na medida em que, primeiramente, houve um prejuízo e, só depois, um crédito. A indenização é paga somente para recompor a perda havida. Tanto é assim que o novo Código Civil trouxe em seu artigo 404 a seguinte redação:

> Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.
> Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Da leitura do dispositivo resta evidente não se tratar da concepção em que juros representam a remuneração do capital.

Conclui-se, consequentemente, que os juros moratórios não se enquadram no conceito de renda ou acréscimo patrimonial. O núcleo de materialidade do imposto de renda é constitucionalmente previsto (artigo 153, inciso III). O Código Tributário Nacional (artigo 43) estabelece as normas gerais que lhe são relacionadas, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea *a*, da CF. Ao legislador infraconstitucional caberia tão somente a tarefa de acrescentar-lhe os demais elementos imprescindíveis para a constituição da regra-matriz de incidência tributária. No entanto, no caso do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 4.506/1964, tais limites não foram observados e há evidente incompatibilidade com a Lei Maior por ter sido alargado o núcleo de materialidade do tributo. Considerado que a lei é anterior à Constituição Federal de 1988, essa norma não pode ter sido recepcionada e, portanto, não tem aplicabilidade.

Saliente-se que não há desrespeito à cláusula de reserva de plenário, eis que não há qualquer juízo de inconstitucionalidade, nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 10. NÃO OCORRÊNCIA. NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A norma cuja incidência teria sido afastada possui natureza pré-constitucional, a exigir, como se sabe, um eventual juízo negativo de recepção (por incompatibilidade com as normas constitucionais supervenientes), e não um juízo declaratório de inconstituciona-

> lidade, para o qual se imporia, certamente, a observância da cláusula de reserva de plenário. II - Agravo regimental a que se nega provimento.(Rcl 15786 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014)

Dessa forma, os juros moratórios não são passíveis de incidência de imposto de renda e a sentença deve ser reformada nesse tópico.

Saliente-se que a redação dos demais dispositivos suscitados pela União em sede de contrarrazões, quais sejam, artigo 43 do RIR/99, artigos 111, incisos I e II, e 123 do Código Tributário Nacional, artigo 457 da CLT, artigo 3º da Lei nº 9.250/95 e artigo 43 da Lei nº 8.212/91 não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões já expostas.

V - Encargos legais

A correção monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, o qual estabelece que a partir de janeiro 1996, como no caso dos autos, incide tão somente a SELIC. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).
> 2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012 - ressaltei)

No que se refere aos juros de mora (artigo 161 do CTN), o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e nº 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários são eles devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/1995, artigo 30 da Lei nº 10.522/2002 e artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do CTN, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

VI - Honorários advocatícios

Os autores foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Entretanto, à vista do presente julgamento, há que se reconhecer a sucumbência mínima do contribuinte e, em consequência, condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de que, vencida a fazenda pública, a definição do montante deverá ser feita conforme apreciação equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, sem limitação aos percentuais indicados no § 3º do mesmo artigo, *verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS . ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE.
> 1. *Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.*
> [...]
> 5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.
> (REsp nº 1.155.125/MG, Primeira Seção do STJ, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 10/03/2010, DJe em 06/04/2010 - ressaltei)

Por outro lado, o valor não pode ser inferior a 1% do valor da causa, sob pena de ser considerado irrisório, segundo orientação daquela mesma corte superior:

> [...]
> SEGUNDO RECURSO ESPECIAL. (ANDRÉ PUPPIN MACEDO). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM AÇÃO RESCISÓRIA EM VALOR INFERIOR A UM POR CENTO SOBRE O VALOR DA CAUSA. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE.
> 4.- *Conforme orientação desta Corte, em linha de princípio deve ser considerada irrisória a verba honorária de R$ 5.000,00 (dado da sentença) fixada em valor inferior a 1% do valor da causa ou do proveito econômico perseguido no processo.*
> 5.- Recurso Especial do BANCO DO BRASIL S/A improvido e Recurso Especial de ANDRÉ PUPPIN MACEDO provido para elevação dos honorários para 1% do valor atualizado da causa.
> (REsp 1356986/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 11/12/2013 - ressaltei)
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA INFERIOR A 1% DO VALOR DA CAUSA. IRRISORIEDADE. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PROCEDIMENTO VEDADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO Nº 5/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. *São irrisórios os honorários advocatícios fixados objetivamente em patamar inferior a 1% do valor da causa, devendo ser majorados. Precedentes.*
> 2. O presente feito enseja análise de cláusulas contratuais, procedimento vedado em sede de recurso especial, à luz do Enunciado nº 5/STJ.
> 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> (AgRg nos EDcl no Ag nº 1.181.142/SP, Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/08/2011, DJe em 31/08/2011 - ressaltei)

Dessa maneira, considerados o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a natureza e o valor da demanda (em novembro de 2004 era de R$ 25.000,00 - fl. 18), justifica-se a fixação dos honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais), pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguída pela fazenda em sede de contrarrazões, bem como dou parcial provimento à apelação dos autores para reformar em parte a sentença, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e reconhecer-lhes o direito ao cálculo pelo regime de competência do IR incidente sobre o numerário percebido acumuladamente sob a rubrica *diferenças salariais* e, ademais, condenar a União à restituição de eventuais valores indevidamente cobrados a título de imposto de renda sobre referido montante, assim como o incidente sobre os juros de mora, devidamente atualizados pela taxa SELIC, e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003296-17.2009.4.03.6104
(2009.61.04.003296-0)

Apelantes: MULTILASER INDL/ LTDA E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1686149
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE DE SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. LIMITES DO PEDIDO. SUBFATURAMENTO DE IMPORTAÇÃO. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO ADUANEIRA. PREÇO PRATICADO NO MERCADO INTERNACIONAL E CERTIFICADO POR ÓRGÃOS OFICIAIS DE COMÉRCIO EXTERIOR. VALOR CORRESPONDENTE À REALIDADE DA TRANSAÇÃO. ANULAÇÃO DA PERDA DE PERDIMENTO E INEXIGIBILIDADE DE MULTA. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. REMESSA OFICIAL E RECURSO DA UNIÃO PREJUDICADOS.

I. A sentença de procedência parcial não extravasou os limites do pedido, nem substituiu a atuação da Administração Pública.

II. Multilaser Industrial Ltda., subsidiariamente ao desembaraço aduaneiro com recusa de subfaturamento, requereu a entrega das mercadorias sem prejuízo da aplicação da multa.

III. O Juízo de Origem procedeu exatamente dessa forma, anulando a pena de perdimento e condicionando a liberação dos produtos ao pagamento da penalidade pecuniária.

IV. Entretanto, os documentos trazidos ao processo indicam a ausência de infração à legislação aduaneira (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966).

V. O preço adotado para a unidade do CD-R e DVD-R e constante das faturas comerciais - UDS 0,11 - não diverge da realidade da operação de comércio exterior.

VI. Multilaser Industrial Ltda. trouxe informações de que as importações de mídias eletrônicas na Ásia, com destino aos países da América Latina no mesmo período, refletiram igual valor.

VII. A Associação de Empresas Fabricantes, Importadoras e Distribuidoras de Suprimentos e Acessórios de Informática do Brasil - AEMIBR apresentou negociações similares feitas por diversos importadores brasileiros.

VIII. O próprio órgão do Ministério da Fazenda de Taiwan forneceu estatísticas de exportações com idêntico faturamento.

IX. A prática sistemática do preço de USD 0,11 põe em dúvida a fraude das importações fiscalizadas, como se elas fossem negócios isolados, sem paralelo internacional.

X. A manifestação técnica do Departamento de Comércio Exterior - DECEX fortalece a disseminação do montante declarado no mercado externo (Informe Técnico nº

508/2009).
XI. A posição partiu de repartição integrante do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, com atribuições voltadas a pesquisas de preços em todos os níveis, especificamente bolsas de mercadorias, publicações especializadas, listas de fabricantes estrangeiros e estatísticas oficiais nacionais e estrangeiras (artigo 30 da Portaria SECEX nº 23/2011)
XII. A documentação compromete a planilha de custos da Philips Intellectual Property & Standards, que constitui o fundamento do Auto de Infração nº 0817800/37260/08. O faturamento de UDS 0,11 por unidade teve projeção em várias transações internacionais e recebeu a certificação de órgãos oficiais de comércio exterior.
XIII. Nessas circunstâncias, parece difícil cogitar de discrepância entre o montante declarado pelo importador brasileiro e o efetivamente praticado no país exportador (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966), o que autoriza a anulação da pena de perdimento.
XIV. Sucumbência da União. Honorários de advogado arbitrados na forma do artigo 20 do CPC de 73.
XV. Apelação a que se dá provimento. Reexame necessário e recurso da União prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação de Multilaser Industrial Ltda., julgando prejudicados o reexame necessário e o recurso da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação interposta por Multilaser Industrial Ltda. em face de sentença que julgou parcialmente procedente pedido de anulação de perdimento, liberando as mercadorias integrantes das Declarações de Importação nº 08/1587940-1 e 08/1589062-0 mediante o depósito de multa de 100% sobre a diferença entre o valor apurado na fiscalização e o declarado pelo importador.

Houve aplicação das regras de sucumbência recíproca.

Decidiu o Juízo de Origem que o subfaturamento das importações de CD-R e DVD-R veio comprovado por estudo da Philips Intellectual Property & Standards juntado ao Auto de Infração nº 0817800/37260/08 e que considerou o preço da unidade inferior ao custo de fabricação nos países exportadores - Taiwan e China.

Ponderou, em contrapartida, que o comportamento da empresa importadora não causou falsidade material ou ideológica, o que autoriza a anulação da pena de perdimento e a incidên-

cia de multa de 100% sobre a diferença apurada.

Sustenta Multilaser Industrial Ltda. que a sentença, ao aplicar a sanção pecuniária e condicionar a liberação das mídias eletrônicas ao pagamento dela, fugiu dos limites do pedido e substituiu a atuação da Administração Aduaneira.

Explica que, subsidiariamente ao desembaraço aduaneiro com a recusa de subfaturamento, requereu a entrega dos produtos sem prejuízo da aplicação da multa em lançamento administrativo específico.

Argumenta, de qualquer modo, que o pedido principal deve ter sido julgado procedente. Alega que, em relação ao CD-R, o preço praticado por unidade - USD 0,11 - não se distancia em mais de 10% do valor mínimo indicado pelo estudo da Philips Intellectual Property & Standards - USD 0,115 -, de modo a impedir a ocorrência de infração administrativa.

Acrescenta que tanto as importações de CD-R quanto as de DVD-R não feriram as regras internacionais de comércio por outros fundamentos. Esclarece que o próprio DECEX, no Informe Técnico nº 508/2009, reconheceu como preço de referência das mercadorias em dezembro de 2008 a quantia de USD 0,08, para a qual teria contribuído a redução do montante da principal matéria-prima das mídias eletrônicas - resina de policarbonato (PC).

Alega que as associações do setor, outros importadores e a própria Receita Federal, em casos similares, têm considerado válido o valor de USD 0,11 por unidade.

A União apresentou contrarrazões (fls. 1.089). Posteriormente, interpôs apelação (fls. 1.090/1.093), na qual requer a manutenção da pena de perdimento, sob o fundamento de que a declaração de negociação abaixo da realidade configura falsidade ideológica e fraude fiscal.

Multilaser Industrial Ltda. respondeu ao recurso (fls. 1.101/1.110). Afirma que eventual subfaturamento é apenado somente com multa.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

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

Devido à sucumbência da União em parte da lide, conheço de ofício da remessa oficial.

A sentença de procedência parcial não extravasou os limites do pedido, nem substituiu a atuação da Administração Pública.

Multilaser Industrial Ltda., subsidiariamente ao desembaraço aduaneiro com recusa de subfaturamento, requereu a entrega das mercadorias sem prejuízo da aplicação da multa.

O Juízo de Origem procedeu exatamente dessa forma, anulando a pena de perdimento e condicionando a liberação dos produtos ao pagamento da penalidade pecuniária.

A sanção decorre diretamente do artigo 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966 - discrepância entre o valor declarado e o praticado em transação internacional - e representa o meio de composição de conflito de interesses já levado à apreciação do Poder Judiciário.

Entretanto, os documentos trazidos ao processo indicam a ausência de infração à legislação aduaneira (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966).

O preço adotado para a unidade do CD-R e DVD-R e constante das faturas comerciais - UDS 0,11 - não diverge da realidade da operação de comércio exterior.

Multilaser Industrial Ltda. trouxe informações de que as importações de mídias eletrô-

nicas na Ásia, com destino aos países da América Latina no mesmo período, refletiram igual valor (fls. 686).

A Associação de Empresas Fabricantes, Importadoras e Distribuidoras de Suprimentos e Acessórios de Informática do Brasil - AEMIBR apresentou negociações similares feitas por diversos importadores brasileiros - Carrefour Comércio e Indústria Ltda., Elgin S/A, Rio Branco Comércio e Indústria de Papéis Ltda., Golden Distribuidora Ltda., entre outros (fls. 101).

O próprio órgão do Ministério da Fazenda de Taiwan forneceu estatísticas de exportações com idêntico faturamento (fls. 102).

A prática sistemática do preço de USD 0,11 põe em dúvida a fraude das importações fiscalizadas, como se elas fossem negócios isolados, sem paralelo internacional.

A manifestação técnica do Departamento de Comércio Exterior - DECEX fortalece a disseminação do montante declarado no mercado externo (Informe Técnico nº 508/2009, juntado a fls. 646/652).

O órgão informou que o valor de referência do CD-R e DVD-R fixado em 2005 está defasado. Argumentou que a principal matéria-prima dos produtos - resina de policarbonato (PC) - se desvalorizou e as empresas importadoras adotam o parâmetro por simples receio de autuação fiscal.

Afirmou que, como os custos de produção decresceram, o preço mínimo, já embutido de royalties devidos aos titulares das patentes e da margem de lucro do fornecedor, deveria ser alterado para UDS 0,08.

A posição partiu de repartição integrante do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, com atribuições voltadas a pesquisas de preços em todos os níveis, especificamente bolsas de mercadorias, publicações especializadas, listas de fabricantes estrangeiros e estatísticas oficiais nacionais e estrangeiras (artigo 30 da Portaria SECEX nº 23/2011)

A mudança de referência indica que Multilaser Industrial Ltda. pagou até faturas superiores ao piso, quando realizou as importações de Taiwan e China.

A documentação compromete a planilha de custos da Philips Intellectual Property & Standards, que constitui o fundamento do Auto de Infração nº 0817800/37260/08. O faturamento de UDS 0,11 por unidade teve projeção em várias transações internacionais e recebeu a certificação de órgãos oficiais de comércio exterior.

Aliás, as empresas asiáticas exportadoras são licenciadas da propriedade intelectual que recai sobre as mídias eletrônicas. Com a oficialização do valor da exportação pelo Ministério da Fazenda de Taiwan, presume-se que elas contabilizaram no faturamento os royalties devidos aos titulares das patentes.

Nessas circunstâncias, parece difícil cogitar de discrepância entre o montante declarado pelo importador brasileiro e o efetivamente praticado no país exportador (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966), o que autoriza a anulação da pena de perdimento.

Na verdade, a autuação fiscal não deve ser ambientada na falsidade de declarações comerciais, mas na estrutura de produção do empresariado asiático. Se o faturamento da unidade não reflete o custo de fabricação ou decorre de subsídios governamentais, cabe ao governo brasileiro reagir mediante a implantação de políticas antidumping ou compensatórias (artigo 695 do Decreto nº 4.543/2002 e artigo 784 do Decreto nº 6.759/2009)

Com a procedência do pedido principal, a União assumirá o pagamento de despesas pro-

cessuais e de honorários de advogado, segundo as diretrizes do artigo 20 do Código de Processo Civil de 73.

Baseado no valor da causa (R$ 1.471.740,00), na antiguidade do processo (2009), nas constantes intervenções do profissional, na proximidade do escritório e na equidade - moderador das condenações impostas à Fazenda Pública -, reputo razoável o montante de R$ 20.000,00 a título de verba honorária.

Ante o exposto, dou provimento à apelação de Multilaser Industrial Ltda., julgando prejudicados o reexame necessário e o recurso da União.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005442-23.2012.4.03.6105
(2012.61.05.005442-1)

Apelante: ROBERTA DE FREITAS LEITÃO PORTO
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1943799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO - BEM IMÓVEL RECEBIDO POR HERANÇA - ALIENAÇÃO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - GANHO DE CAPITAL - INCIDÊNCIA
1. O imóvel da autora foi vendido por R$ 850.000,00, tendo pago à título de Imposto de Renda por ganho de capital a quantia de 76.090,50.
2. O artigo 3º, § 2º, da Lei nº7.713/88 dispõe sobre a forma de apuração do valor do ganho de capital, assinalando que este é devido quando há diferença positiva entre o valor de transmissão do bem e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente.
3. O custo de aquisição de imóvel recebido por herança é disciplinado pelo artigo 16, III, da Lei nº 7.713/88, que prescreve ser o valor da avaliação do inventário ou arrolamento.
4. A jurisprudência de forma pacífica entende que o recebimento de bem imóvel em decorrência de herança não isenta o herdeiro do pagamento de lucro imobiliário.
5. 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, 15 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de ação de repetição de indébito, ajuizada por Roberta de Freitas Leitão Porto, em 25/4/2012, face a União Federal, para obter a restituição do valor cobrado à título de Imposto de Renda sobre o ganho de capital na venda de imóvel herdado. Segundo alega, por foça do falecimento de sua mãe, herdou imóvel, o qual foi vendido posteriormente, sendo que

a Receita Federal cobrou o valor do ganho de capital decorrente da diferença entre o valor de aquisição e o de venda, sendo que a exigência fiscal foi atendida. Sustenta, ainda, que tal exação é indevida, pois a aquisição de imóvel havido por herança se dá a título gratuito, não estando presente nas hipóteses de incidência da Lei nº 7.713/88. Por outro lado, requer que os valores restituídos sofram os acréscimos legais, desde a data do pagamento indevido. Por fim, pede a condenação da ré no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrado sobre o valor da condenação. Atribuído à causa o valor de R$ 76.090,50 (setenta e seis mil, noventa reais e cinquenta centavos).

Após a citação da ré (fl. 40) e a apresentação de contestação (fls. 41/42), sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido, uma vez que entendeu legal a exigência fiscal. Consequentemente, condenou à autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa (fls. 66/68).

Apela à autora, pugnando pela reforma da sentença, sustentando que a Lei nº 7.713/88 não contempla o caso de imóvel havido por herança, sendo pois a transferência de imóvel por herança se dá à título gratuito e por isso não se encontra presente nas hipóteses da citada Lei. Por outro lado, alega que a Portaria nº 89/79 do Ministério da Fazenda ao tentar regulamentar a situação do custo de aquisição de imóvel por herança, o fez de modo ilegal, uma vez que a matéria está submetida à reserva legal, portanto não poderia ser fixada à base de cálculo por meio de Portaria e sim por Lei (fls. 70/77).

A União apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento do apelo (fls. 85/86).

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de ação de repetição de indébito, que visa à restituição do Imposto de Renda sobre o ganho de capital na venda de imóvel adquirido por herança.

A matéria limita-se à verificação da natureza jurídica dos valores recebidos com a venda de imóvel recebido em herança, perfilando-se seu alcance e consequente ingerência ou não no conceito de renda, preceituada no artigo 153, III, da Constituição Federal, artigo 43 do Código Tributário Nacional e Lei nº 7.71/88.

Inicialmente, assevero que o imóvel da autora era situado na Rua Artur de Freitas Leitão, nº 66, o qual fora construído no lote 24, da quadra 12, do loteamento "Nova Campinas", e que se encontrava registrado no 1º Registro Imobiliário de Campinas, sob a matrícula nº 40.644, pelo valor venal de R$ 201.873,42. Ocorre que, tal imóvel foi recebido por herança, devido ao falecimento da mãe da autora, sra. Mucy Maria Falson (mãe da autora).

Nesse passo, observo que o imóvel da autora foi vendido por R$ 850.000,00, tendo sido pago a título de Imposto de Renda por ganho de capital a quantia de 76.090,50.

Ocorre que, o artigo 3º, § 2º, da Lei nº7.713/88 dispõe sobre a forma de apuração do valor do ganho de capital, assinalando que este é devido quando há diferença positiva entre o valor de transmissão do bem e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, dispositivo que transcrevo:

> Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.
> (...)
> § 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

Por sua vez, o custo de aquisição de imóvel recebido por herança é disciplinado pelo artigo 16, III, da Lei nº 7.713/88, que prescreve ser o valor da avaliação do inventário ou arrolamento, conforme pode ser verificado do dispositivo abaixo:

> Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:
> (...)
> III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

A jurisprudência de forma pacífica entende que o recebimento de bem imóvel em decorrência de herança não isenta o herdeiro do pagamento de lucro imobiliário, sendo tal entendimento sintetizado pelo egrégio Tribunal Regional da 2ª Região no julgamento da AC 201251010012280, cuja ementa transcrevo:

> TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL HAVIDO POR HERANÇA. LUCRO. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. AUSÊNCIA DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO LITERAL. BASE DE CÁLCULO. ART. 16, III, DA LEI Nº 7.713/88. LEGALIDADE DA COBRANÇA.
> 1 - Apelação cível interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da presente ação ordinária, ajuizada com vistas ao reconhecimento do direito à repetição de imposto de renda incidente sobre o lucro auferido com a venda de imóveis havidos por herança.
> 2 - O recebimento dos bens a título de herança não isenta o Apelante do pagamento do tributo sobre o lucro imobiliário proveniente de alienação posterior, haja vista que a incidência do IR não ocorre sobre o valor da herança, mas quando da apuração de ganho de capital decorrente da venda desses bens. Pouco importa, para fins tributários, o momento em que os imóveis passaram a integrar o patrimônio do herdeiro, eis que o imposto não incide sobre a transmissão mortis causa, mas, tão somente, sobre o lucro advindo da venda do bem a terceiro, momento em que o contribuinte obteve a disponibilidade econômica da renda, nos termos do art. 43, II, do CTN.
> 3 - A alienação dos bens se deu na vigência da Lei nº 7713/88, conforme comprovam os documentos de fls. 33/39, cujo art. 16, III, fixou a base de cálculo do imposto de renda sobre o lucro imobiliário obtido com a venda de bens provenientes de herança, de maneira que, a apuração deve ser aferida pela diferença entre o valor da avaliação do bem no inventário ou arrolamento e o valor da venda.
> 4 - Os dispositivos legais que tratam da isenção devem ser interpretados de forma literal, nos termos do art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional.
> 5 - Legitimidade da cobrança. Impossibilidade de restituição.
> 6 - Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.
> (AC 201251010012280, Desembargadora Federal GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::04/11/2013.)

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo o julgado contido na sentença.
É como voto.
Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0002216-49.2014.4.03.6134
(2014.61.34.002216-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: INDÚSTRIAS ROMI S/A E FILIAIS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AMERICANA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: ApelReex 2111188
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA. LEI Nº 12.546/2011. PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES AO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.
1. As E. 1ª e 2ª Turmas do TRF 3R já decidiram não ocorrer dupla tributação ou violação ao disposto no artigo 154, I, da Constituição Federal, uma vez que o ICMS é um imposto indireto, cuja alíquota, embora destacada, é incluída no preço das mercadorias ou dos serviços prestados e, por conseguinte, é ônus suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço.
2. Sendo o preço do produto da venda computável como receita da empresa e, inserindo-se no faturamento, integra a base de cálculo do PIS e COFINS (TRF3, AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011397-12.2015.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, Primeira Turma, j. 01-03-2016, e-DJF3 14-03-2016 e TRF3, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009423-44.2014.4.03.6120/SP, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, Segunda Turma, j. 07-07-2015, e-DJF3 16-07-2015).
3. O STJ também vem decidindo neste sentido, afastando o entendimento adotado no RE nº 240.785, uma vez que, os artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011, da mesma forma que as contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS - na sistemática não cumulativa - previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, adotou conceito amplo de receita bruta, ao passo que, naquele recurso, o STF tratou das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS regidas pela Lei 9.718/98, sob a sistemática cumulativa, que adotou um conceito restrito de faturamento (STJ, RESP 201500965940, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJE 17-09-2015).
4. Apelação e Remessa Oficial providas.

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 maioria, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Desembargador Federal Valdeci dos Santos, acompanhado pelo Desembargador Federal Hélio Nogueira, Desembargador Federal Cotrim

Guimaraes e Desembargador Federal Souza Ribeiro, vencido o relator que dava parcial provimento à apelação e à remessa oficial, a fim de fixar os honorários advocatícios em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

São Paulo, 06 de outubro de 2016.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada em 29/09/2014 com o fito de obter provimento jurisdicional que assegure à autora o direito de proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva, incidente sobre a receita bruta conforme previsto na Lei nº 12.546/2011, sem a inclusão na base de cálculo dos valores referentes ao ICMS e ISS, bem como o de reaver, "atualizados pela Taxa Selic, os valores recolhidos à maior em razão da inclusão dos referidos tributos na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, seja por meio de compensação com tributos devidos para a Receita Federal do Brasil, ou por via de repetição de indébito". Atribuído à causa o valor de R$ 50.000,00.

Processado o feito, foi proferida sentença nos seguintes termos:

> (...)
> Posto isso, julgo PROCEDENTE o pedido, com a resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para DECLARAR a exclusão da base de cálculo da contribuição previdenciária instituída pela Lei 12.546/2011, o ICMS e o ISS, bem como para assegurar aos requerentes o direito à repetição ou à compensação - apenas entre contribuições, consoante acima explanado - das quantias recolhidas a maior em virtude do cômputo de aludidos tributos para a apuração da receita bruta. Sobre o montante devido deverá ser aplicado apenas, a teor do acima já expendido, a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/96, para fins de acréscimo de juros e correção, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros.
> Deverá ser observado, no tocante à compensação, o quanto determinado no artigo 170-A do CTN.
> Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, atento ao disposto no art. 20, §§3º e 4º, do CPC, fixo em 5% do valor da condenação.
> Custas *ex lege*.
> Sentença sujeita ao reexame necessário. Oportunamente, após o decurso de prazo para a interposição de recursos voluntários, remetam-se os autos ao E. TRF da 3ª Região.
> (...).

Inconformada, apela a União defendendo a constitucionalidade e a legalidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a receita bruta, sustentando, quanto aos honorários advocatícios, que devem reduzidos e estipulados "em valor fixo, à luz do art. 20 §4º, do Código de Processo Civil".

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

A Lei nº 12.546/2011, alterada por sucessiva legislação, instituiu para determinadas empresas discriminadas na referida norma, contribuição incidente sobre a receita bruta, "excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos", em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do "*caput*" do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

A discussão posta nos autos em razão da base de cálculo imposta por essa nova lei reaviva o antigo debate atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, daí porque entendo aplicável à espécie o mesmo entendimento fundamentado para aquela celeuma.

No particular, aplico ao caso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que equiparou, sob o aspecto econômico, o faturamento à receita, entendido como o resultado bruto das vendas de mercadoria, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, despegando o conceito de faturamento daquele restrito dado pelo direito comercial, como se vê do voto do eminente Ministro ILMAR GALVÃO, proferido no RE nº 150.164-1/PR e reproduzido quando do julgamento da ADC -1-1, *verbis*:

> De outra parte, o DL nº 2.397/87, que alterou o DL nº 1940/82, em seu art.22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal como a "receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços", conceito esse que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36). A Lei nº 7.689/88, pois ao converter em contribuição social, para os fins do art. 195, I, da Constituição, o FINSOCIAL, até então calculado sobre a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, nada mais fez do que instituir contribuição social sobre o faturamento (RTJ. 156/738-9).

Por conseguinte, o que se tem é que a inclusão na base de cálculo dos tributos de elemento econômico estranho à venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços, como ocorre com o ICMS, é prática que importa em afronta à própria Constituição Federal.

Entendo que ganha relevo a tese jurídica defendida nos autos, considerando ter o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao tratar do tema, no julgamento do RE nº 240.785-MG, fixado posicionamento no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, como se denota da ementa do aludido recurso, *verbis*:

> TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.
> (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

Assim, em que pese o julgado do STF não se referir propriamente à contribuição questionada nos autos, tomo tal norte de fundamentação e o precedente citado, de todo aplicável à

espécie, dada a analogia entre as situações postas a julgamento, para reconhecer a plausibilidade da tese defendida pela autora quanto à impossibilidade de inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da contribuição prevista na Lei nº 12.546/11.

Os valores indevidamente recolhidos serão objeto de repetição observada a prescrição quinquenal (data do ajuizamento da ação).

No tocante à compensação, far-se-á com contribuições de mesma espécie e destinação, também observada a prescrição quinquenal, nos termos da legislação vigente à data do encontro de contas conforme decidido no REsp 1.164.452/MG.

Quanto à correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.112.524/DF e do REsp nº 1.111.175/SP, conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, assentou o entendimento de ser a taxa SELIC aplicável exclusivamente a partir de 01º/01/1996, sem cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou de juros.

Acerca do valor dos honorários advocatícios, não deve ser fixado de maneira desproporcional - seja em montante manifestamente exagerado seja em quantia irrisória - distanciando-se da finalidade da lei.

Por outro lado, a fixação deve ser justa e adequada às circunstâncias de fato, consoante iterativa jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CPC, ART. 20, § 4º. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA.
> I - Os embargos à execução, julgados procedentes, têm natureza constitutiva, e não condenatória, pelo que o arbitramento dos honorários advocatícios deve ocorrer na forma prevista no § 4º do art. 20 do CPC. Isso não significa critério subjetivo, mas fixação justa, com observância das alíneas a, b e c do § 3º do art. 20, sem, contudo, se vincular aos percentuais ali estabelecidos.
> (...)
> III - Recurso especial não conhecido.
> (REsp nº 330295/CE, 3ª Turma, Rel. Min. ANTÔNIO de PÁDUA RIBEIRO, v.u., j. 21.09.04, DJ. 22.11.04, pág. 330)

Na espécie, denota-se ser de R$ 50.000,00 o valor da causa, tendo a ação sido ajuizada em 29/09/2014.

Infere-se ainda que o tema ora tratado não apresenta complexidade elevada, sendo, ademais, vencida a Fazenda Pública.

Diante destes subsídios, considerando ainda que foi a decisão recorrida proferida em junho/2015, tenho ser de rigor fixar os honorários advocatícios em R$ 2.500,00, com base no artigo 20, §4º, do CPC/73.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento* à apelação e à remessa oficial, a fim de fixar em R$ 2.500,00 o valor dos honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator para o Acórdão):

Peço vênia ao e. Relator para dele divergir.

Deveras, quanto à questão posta em debate, as E. 1ª e 2ª Turmas desta C. Corte assim já decidiram não ocorrer dupla tributação ou violação ao disposto no artigo 154, I, da Constituição Federal, uma vez que o ICMS é um imposto indireto, cuja alíquota, embora destacada, é incluída no preço das mercadorias ou dos serviços prestados e, por conseguinte, é ônus suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço.

Portanto, sendo o preço o produto da venda computável como receita da empresa e, inserindo-se no faturamento, integra a base de cálculo do PIS e COFINS (TRF3, AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011397-12.2015.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, Primeira Turma, j. 01/03/2016, e-DJF3 14/03/2016 e TRF3, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009423-44.2014.4.03.6120/SP, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, Segunda Turma, j. 07/07/2015, e-DJF3 16/07/2015).

Observa-se que o STJ também vem decidindo neste sentido, afastando o entendimento adotado no RE nº 240.785, uma vez que, os arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011, da mesma forma que as contribuições ao PIS/Pasep e à COFINS - na sistemática não cumulativa - previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, adotou conceito amplo de receita bruta, ao passo que, naquele recurso, o STF tratou das contribuições ao PIS/Pasep e à COFINS regidas pela Lei 9.718/98, sob a sistemática cumulativa, que adotou um conceito restrito de faturamento (STJ, RESP 201500965940, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 17/09/2015).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0008506-36.2015.4.03.6105
(2015.61.05.008506-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: GIOVANIBRUNO CORRETORA DE SEGUROS LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe do Processo: AMS 361890
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORRETORAS DE SEGUROS. INAPLICABILIDADE DO ART. 18 DA LEI Nº 9.718/98. NÃO EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UF IMPROVIDAS.
- Com efeito, o art. 18 da Lei nº 10.684/03 elevou para quatro por cento a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devida pelas pessoas jurídicas referidas nos parágrafos 6º e 8º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.
- Por sua vez, os mencionados parágrafos assim dispõem: "§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)" "§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos:"
- Desse modo, conclui-se que são sujeitos da alteração perpetrada pelo art. 18 da lei nº 10684/03 as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91: "§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo".
- A controvérsia dos autos cingiu-se a constatar se a impetrante, na condição de administradora e corretora de seguros, enquadrava-se no rol previsto pelo parágrafo 1º acima transcrito.
- De fato, o referido dispositivo menciona as sociedades corretoras e os agentes autônomos de seguros privados. A abrangência de tais termos foi discutida nas cortes superiores, encerrando a dúvida acerca da melhor interpretação cabível para o tema. Nesse sentido o Resp nº 1.400.287, julgado no rito dos recursos especiais repetitivos.
- Segundo entendeu o C. STJ, o art. 22 da Lei nº 8.212, ao fazer menção às sociedades corretoras, não o fez de forma irrestrita, mas qualificou o gênero sociedades corretoras, especificando que as determinações ali estabelecidas eram direcionadas às "socie-

dades corretoras distribuidoras de títulos e valores mobiliários".
- Constou do voto do Relator, Min. Campbell Marques que: "No entanto, no exame da matéria e com amparo em informações trazidas posteriormente pela própria FAZENDA NACIONAL na petição de e-STJ fls. 375/387, observei que 'O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado' (art. 1º, da Lei 4.594/64). Seu registro é feito na SUSEP. Tem por função a intermediação dos contratos de seguros por meio da administração da relação segurado X seguradoras, na defesa dos interesses dos segurados. Tanto que o art. 17, da Lei nº 4.594/64 veda relação empregatícia, societária ou de subordinação às seguradoras. Sua comissão é paga pelo segurado, em percentual calculado sobre o prêmio, e não pela seguradora. Seu contrato com o cliente é o de corretagem regido pelo art. 722, do CC/2002."
- "Já os 'agentes autônomos de seguros' são pessoas físicas ou jurídicas representantes da seguradora e autorizados a intermediar operações de seguro diretamente com os interessados. O agente de seguros tem interesse direto na colocação de determinadas apólices de seguros, as quais são emitidas pela seguradora que ele representa e de cuja venda sai sua remuneração. Sua relação com a seguradora rege-se pelo contrato de agência, previsto no art. 710, do CC/2002. Desse modo, em que pese o disposto no art. 1º; Decreto nº 56.903/65, não há como compreender que as 'sociedades corretoras de seguros' sejam os 'agentes autônomos de seguros privados', havendo que se compreender que o referido decreto não se reporta aos 'agentes autônomos de seguros' mas só às 'sociedades corretoras de seguros' que, por uma mera e inconveniente coincidência, anteriormente se chamavam 'agentes'."
- Realmente, as sociedades corretoras de seguros atuam através de contratos de corretagem com os clientes, nos termos do art. 722 do Código Civil, tendo a comissão paga pelo segurado, não podendo, por sua própria estrutura, se beneficiar das deduções previstas pela Lei. 9.718/98, o que somente se aplica as sociedades corretoras de valores imobiliários, regidas pela Resolução Bacen nº 1.655/89, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, as quais concretizam negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros.
- Assim, considerando-se aspectos como função, fonte de renda e deduções previstas por lei, obtém-se que as sociedades corretoras de seguros não se equiparam as sociedades corretoras de valores imobiliários e nem aos agentes autônomos de seguros privados (representantes das seguradoras e autorizados a intermediar operações, remunerados pela própria seguradora em função das apólices emitidas), não se tratando a questão de mera relação de gênero e espécie, mas de entidades que não devem ser encaradas, perante a lei, como idênticas.
- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente á época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).
- No caso concreto, o ajuizamento da ação ocorreu em 06/07/2015, devendo o contribuinte atender às regras do artigo 74 da Lei 9.430/96, com redação alterada nos termos das Leis 10.637/2002, 10.833/2003, 11.051/2004, 11.941/2009, 12.249/2010 e 12.844/2013.No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do

CTN, instituído pela LC 104/2001.
- Fica ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios e o quantum, que está adstrito aos valores devidamente comprovado nos autos.
- A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.
- Remessa oficial e apelação da União Federal improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de reexame necessário e apelação da União Federal, em face da r. sentença de fls. 83/85 que concedeu a segurança, e autorizou a impetrante ao recolhimento mensal da COFINS sob a alíquota de 3% (três por cento), bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, devidamente corrigidos, observada a prescrição quinquenal e o disposto no art. 170-A do CTN.

Em suas razões, alega a União Federal, em síntese, que as empresas corretoras de seguros são espécies do gênero "sociedades corretoras" e que de acordo com o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, combinado com o art. 18 da Lei nº 10.684/03, as sociedades corretoras devem recolher a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social com a alíquota de quatro por cento. Aduz, também, que as corretoras de seguros e os agentes de seguros são entes idênticos, de modo que ainda que não se considere a classificação da agravada como sociedade corretora, deve a mesma ser enquadrada na qualidade de agente de seguro, o que enseja o recolhimento da Cofins na alíquota de quatro por cento. Pede a reforma da r. decisão *a quo* (fls. 94/97).

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o Relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Sem preliminares, passo, então, a análise do mérito.

O cerne da controvérsia travada nos autos é a exigência do recolhimento mensal da COFINS sob a alíquota de 3% para 4%, nos termos da Lei 10.684/03.

Com efeito, o art. 18 da Lei nº 10.684/03 elevou para quatro por cento a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devida pelas pessoas jurídicas referidas nos parágrafos 6º e 8º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Por sua vez, os mencionados parágrafos assim dispõem:

> § 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)
> § 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos:

Desse modo, conclui-se que são sujeitos da alteração perpetrada pelo art. 18 da lei nº 10684/03 as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91: "§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo".

A controvérsia dos autos cingiu-se a constatar se a impetrante, na condição de administradora e corretora de seguros, enquadrava-se no rol previsto pelo parágrafo 1º acima transcrito.

De fato, o referido dispositivo menciona as sociedades corretoras e os agentes autônomos de seguros privados. A abrangência de tais termos foi discutida nas cortes superiores, encerrando a dúvida acerca da melhor interpretação cabível para o tema. Nesse sentido o Resp nº 1.400.287, julgado no rito dos recursos especiais repetitivos consignou que:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COFINS. SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGURO E SOCIEDADES CORRETORAS, DISTRIBUIDORAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 22, § 1º, DA LEI 8.212/91 APLICADO À COFINS POR FORÇA DO ART. 3º, § 6º DA LEI Nº 9.718/98 E ART. 18 DA LEI 10.684/2003. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA (4%) PREVISTA NO ART. 18 DA LEI 10.684/2003.
> 1. Não cabe confundir as "sociedades corretoras de seguros" com as "sociedades corretoras de valores mobiliários" (regidas pela Resolução BACEN nº 1.655/89) ou com os "agentes autônomos de seguros privados" (representantes das seguradoras por contrato de agência). As "sociedades corretoras de seguros" estão fora do rol de entidades constantes do art. 22, § 1º,

da Lei nº 8.212/91.
2. Precedentes no sentido da impossibilidade de enquadramento das empresas corretoras de seguro como sociedades corretoras: 2.1) Primeira Turma: AgRg no AgRg no REsp 1132346 / PR, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17/09/2013; AgRg no AREsp 307943 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/09.2013; AgRg no REsp 1251506/ PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2011; Segunda Turma: REsp 396320 / PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 16.12.2004.
3. Precedentes no sentido da impossibilidade de equiparação das empresas corretoras de seguro aos agentes de seguros privados: Primeira Turma: AgRg no AREsp 441705 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/06/2014; AgRg no AREsp 341247 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 22/10/2013; AgRg no AREsp 355485 / RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 22/10/2013; AgRg no REsp 1230570 / PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 05/09/2013; AgRg no AREsp 307943 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/09/2013; AgRg no REsp 1251506 / PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2011; REsp 989735 / PR, Rel. Min. Denise Arruda julgado em 01/12/2009; Segunda Turma: AgRg no AREsp 334240 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/08/2013; AgRg no AREsp 426242 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04/02/2014; EDcl no AgRg no AREsp 350654 / RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/12/2013; AgRg no AREsp 414371 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 05/12/2013; AgRg no AREsp 399638 / SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 26/11/2013; AgRg no AREsp 370921 / RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 01/10/2013; REsp 1039784 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07/05/2009.
4. Precedentes superados no sentido da possibilidade de enquadramento das empresas corretoras de seguro como sociedades corretoras: Segunda Turma: AgRg no AgRg no AREsp 333496 / SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10.09.2013; AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 342463/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26.11.2013; REsp 699905 / RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.11.2009; AgRg no REsp 1015383 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/05/2009; REsp 1104659 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05/05/2009; REsp 555315/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, julgado em 21/06/2007.
5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/08.

Segundo entendeu o C. STJ, o art. 22 da Lei nº 8.212, ao fazer menção às sociedades corretoras, não o fez de forma irrestrita, mas qualificou o gênero sociedades corretoras, especificando que as determinações ali estabelecidas eram direcionadas às "sociedades corretoras distribuidoras de títulos e valores mobiliários".

Constou do voto do Relator, Min. Campbell Marques que:

> No entanto, no exame da matéria e com amparo em informações trazidas posteriormente pela própria FAZENDA NACIONAL na petição de e-STJ fls. 375/387, observei que "O corretor de seguros , seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado" (art. 1º, da Lei 4.594/64). Seu registro é feito na SUSEP. Tem por função a intermediação dos contratos de seguros por meio da administração da relação segurado X seguradoras, na defesa dos interesses dos segurados. Tanto que o art. 17, da Lei nº 4.594/64 veda relação empregatícia, societária ou de subordinação às seguradoras. Sua comissão é paga pelo segurado, em percentual calculado sobre o prêmio, e não pela seguradora. Seu contrato com o cliente é o de corretagem regido pelo art. 722, do CC/2002.

> "Já os 'agentes autônomos de seguros' são pessoas físicas ou jurídicas representantes da seguradora e autorizados a intermediar operações de seguro diretamente com os interessados. O agente de seguros tem interesse direto na colocação de determinadas apólices de seguros, as quais são emitidas pela seguradora que ele representa e de cuja venda sai sua remuneração. Sua relação com a seguradora rege-se pelo contrato de agência, previsto no art. 710, do CC/2002.
> Desse modo, em que pese o disposto no art. 1º; Decreto nº 56.903/65, não há como compreender que as 'sociedades corretoras de seguros' sejam os 'agentes autônomos de seguros privados', havendo que se compreender que o referido decreto não se reporta aos 'agentes autônomos de seguros' mas só às 'sociedades corretoras de seguros' que, por uma mera e inconveniente coincidência, anteriormente se chamavam 'agentes'."

Realmente, as sociedades corretoras de seguros atuam através de contratos de corretagem com os clientes, nos termos do art. 722 do Código Civil, tendo a comissão paga pelo segurado, não podendo, por sua própria estrutura, se beneficiar das deduções previstas pela Lei. 9.718/98, o que somente se aplica as sociedades corretoras de valores imobiliários, regidas pela Resolução Bacen nº 1.655/89, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, as quais concretizam negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros.

Assim, considerando-se aspectos como função, fonte de renda e deduções previstas por lei, obtém-se que as sociedades corretoras de seguros não se equiparam as sociedades corretoras de valores imobiliários e nem aos agentes autônomos de seguros privados (representantes das seguradoras e autorizados a intermediar operações, remunerados pela própria seguradora em função das apólices emitidas), não se tratando a questão de mera relação de gênero e espécie, mas de entidades que não devem ser encaradas, perante a lei, como idênticas.

Sobre o tema destaco os precedentes:

> TRIBUTÁRIO COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. EMPRESA CORRETORA DE SEGUROS. EQUIVALÊNCIA INEXISTENTE COM AGENTE DE SEGUROS PRIVADOS. PRECEDENTES.
> O STJ firmou o entendimento de que as sociedades corretoras de seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22,§ 1º, da Lei 8.212). Dessa forma, a majoração da alíquota da cofins (art. 18 da Lei 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro. Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no AREsp 442022/RS, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 26.05.2015)
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGUROS. NÃO SUJEIÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS Nº 1.391.092-SC E 1.400.287-RS.
> 1. A Primeira Seção sob o rito do artigo 543-C do CPC, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais de nº 1.391.092/SC e 1.400.287/SC, decidiu pela impossibilidade de extensão da majoração de alíquota da COFINS, prevista pelo art. 18 da Lei 10.684/03, às sociedades corretoras de seguros.
> 2. Agravo Regimental não provido.
> (STJ, AgRg no AREsp 403669/RS, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 28.05.2015)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. SOCIEDADE CORRETO-

RA DE SEGUROS . COFINS . INAPLICABILIDADE DA ALÍQUOTA ADICIONAL DE 1% (LEI 10.648/03). ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE: RESP. 989.735/PR, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJE 09.12.2009, AGRG NO AGRG NO RESP. 1.132.346/PR, REL. MIN. ARI PARGENDLER, DJE 25.09.2013, AGRG NO ARESP. 334.240/RS, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 12.09.2013; AGRG NO RESP. 1.230.570/PR, REL. MIN. SÉRGIO KUKINA, DJE 12.09.2013; AGRG NO ARESP. 307.943/RS, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 10.09.2013. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. Cinge-se a controvérsia em torno da possibilidade de majoração da alíquota da COFINS, de 3% para 4%, sobre o faturamento de corretora de seguros.
2. Esta egrégia Corte Superior entende que as Sociedades corretoras de seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22, § 1º da Lei 8.212), cuja atividade é típica das instituições financeiras na busca de concretizar negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros.
Destarte, a majoração da alíquota da COFINS (art. 18 da Lei 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro.
3. Ademais, afigura-se inadequada a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, pois não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o afastamento destes, tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie.
4. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.
(STJ, AgRg no AREsp 441.705/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. CORRETORA DE SEGURO. NÃO EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.
1. Somente as sociedades corretoras e os agentes autônomos de seguros, equiparados às instituições financeiras, é que tiveram sua alíquota majorada para 4% (quatro por cento), não se incluindo nesse rol as corretoras de seguros, como é o caso da agravada.
2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
3. Agravo legal improvido.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0027005-21.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 24/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE CORRETORA DE SEGUROS. COFINS. INAPLICABILIDADE DA ALÍQUOTA ADICIONAL DE 1% (LEI 10.648/03).
O colendo Superior Tribunal de Justiça assentou que as Sociedades corretoras de seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212), cuja atividade é típica das instituições financeiras na busca de concretizar negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros; assim, a majoração da alíquota da COFINS (art. 18 da Lei nº 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro (AgRg no AREsp 441.705/RS).
Agravo legal desprovido.
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0022534-92.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 27/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2015)

Desta forma, faz jus a impetrante à compensação dos valores recolhidos a título da COFINS nos termos ora pleiteados.

O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente á época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

No caso concreto, o ajuizamento da ação ocorreu em 16/06/2015, devendo o contribuinte atender às regras do artigo 74 da Lei 9.430/96, com redação alterada nos termos das Leis 10.637/2002, 10.833/2003, 11.051/2004, 11.941/2009, 12.249/2010 e 12.844/2013.

No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Fica ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios e o quantum, que está adstrito aos valores devidamente comprovado nos autos.

A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

Assim, há que ser mantida a r. sentença *a quo*, concessiva da segurança.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Sentenças

AÇÃO PENAL
0009384-40.2010.4.03.6103

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: R.F.H.O. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 06/10/2016

Trata-se de ação penal por meio da qual imputa-se aos acusados a prática de concussão (art. 316 do Código Penal), bem como, no que tange aos denunciados D.M.E. e L.A.T.A., também de inserção de informações falsas em documento público (art. 299 do Código Penal). Segundo a denúncia, em suma, teriam os processados, cada um desempenhando determinada função em estrutura criminosa, exigido a quantia de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para que cessasse uma investigação informal em desfavor de empresário do setor do comércio de combustíveis, de modo que, desatendida a exigência pelo empresário, este sofreria a imputação de adulteração de combustíveis e seu filho seria criminalmente perseguido por envolvimento com drogas.

Os agentes da Polícia Federal ora acusados (D.M.E. e L.A.T.A.) teriam realizado visitas clandestinas e buscado valer-se de expedientes de intimidação, tudo para constranger o empresário F.Q. a pagar a quantia exigida.

Os advogados R.F.H.O. e F.A.H.O. Augusto de Oliveira desempenhariam a função de intermediários na negociação espúria. Já o Delegado, ora réu, estaria ciente e acobertando a prática delitiva, inclusive sendo beneficiário da vantagem indevida.

Eis o resumo da acusação, sendo o exame das particularidades dos fatos e a análise de sua comprovação reservada ao momento da fundamentação desta decisão.

Prosseguindo-se no relatório, cumpre consignar que foram apresentadas respostas à acusação e decidiu-se no sentido de inexistir óbice ao desenvolvimento do processo penal, seja por inépcia, questão prejudicial ou ausência de prova do crime, recusando-se, ainda, existir causa de absolvição sumária. Na decisão pela continuidade da ação penal enfatizou-se a independência das esferas administrativa e judiciária, continuando-se o processo criminal mesmo que existente absolvição na seara funcional-disciplinar, bem como não se abortou a persecução criminal para que se permitisse a dilação probatória em juízo, entendendo-se prematuro o estancamento do processo judicial.

Houve produção de prova oral em juízo, ouvindo-se testemunhas, tanto de arroladas pela acusação, quanto pela defesa, tendo sido realizado, por fim, o interrogatório dos acusados.

Foram apresentadas alegações finais, primeiro pelo MPF, depois pela defesa dos acusados.

Antes do encerramento do breve relato, cumpre consignar que houve o deferimento e efetivação de ordem de busca e apreensão, desvelamento do sigilo telefônico e de interceptação telefônica nos autos complementares 0009381-85.2010.4.03.6103. Foi autorizada, ainda, a infiltração de policiais (fl. 21-verso), não tendo sido concretizada tal empreitada probatória.

Eis a síntese do processado.

O feito transcorreu sem qualquer nulidade, bem como revela-se desnecessária a produção de outras provas ante o brilhantismo da instrução presidida pelo eminente Juiz Federal

Ricardo de Castro Nascimento. A coleta segura da prova e o árduo trabalho levado a efeito pelo magistrado agora me poupam da repetição de outros atos, sendo suficiente o acervo documentado para a compreensão dos fatos.

Portanto, impõe-se a cognição do mérito.

Primeiramente, cumpre apresentar linhas gerais dos tipos penais cuja incidência é postulada pela acusação, bem como aspectos jurídico-penais relativos à imputação.

De início, cita-se aqui a previsão legal do crime de concussão:

> Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Note-se que a ausência de entrega por F.Q. da quantia cuja exigência é alegada pelo MPF não implica na forma tentada do delito, constituindo-se o atendimento da coação mero exaurimento do delito. Nesse sentido, dentre outros, Cezar Roberto Bitencourt:[1]

> Consuma-se o crime de concussão com a simples *exigência* do sujeito ativo, ou seja, no momento em que o sujeito passivo toma conhecimento de seu conteúdo. O crime capitulado no art. 316, *caput*, do Código Penal é formal e consuma-se com a mera imposição do pagamento indevido, não se exigindo o consentimento da pessoa que a sofre nem sequer a consecução do fim visado pelo agente. Com efeito, não é necessário que se efetive o recebimento da vantagem exigida; se ocorrer, esta representará somente o *exaurimento* do crime, que se encontrava perfeito e acabado com a imposição do sujeito ativo.

Isso posto, cumpre ainda observar que a linha divisória entre a concussão e corrupção passiva é tênue, pois da solicitação à exigência e vice-versa passa-se sem que haja um limite claro. A ameaça de fraudar-se um flagrante de tráfico caso não paga a propina constitui-se, sem dúvida, em exigência a caracterizar concussão, mas o pedido de vantagem indevida para abortar investigação já aproxima-se mais da corrupção passiva, pois não se intima a vítima a ceder sob pena de grave mal, mas de mero desempenho normal da atividade policial pelo servidor acusado. O absurdo consistente na concussão (crime mais grave) ter pena máxima menor do que a corrupção passiva (crime menos grave) foi muito bem observada por Cezar Roberto Bitencourt[2] que de forma arguta criticou as reformas tópicas e assistemáticas do legislador que geram esse tipo de incoerência.

Feita a digressão acima, deve-se ter em vista que, a despeito de tratar-se de crime próprio, a realização da espécie por particular é admitida no Brasil por força do art. 30 do Código Penal, cuja redação é a que segue:

> Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Assim, as condições de caráter pessoal que compõem o próprio tipo incriminador esten-

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 5.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105 (itálico no original).

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 5.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

dem-se aos que não possuem tais qualidades. De outro modo, pode-se dizer que elementares são aquilo que compõe o suporte fáctico, sem os quais aquele crime não se configuraria, podendo, ainda, tornar-se outro.[3] Utilizando a distinção aristotélica, pode-se dizer que elementar é o que se revela essencial ao tipo penal, em contraposição ao que lhe é meramente acidental. Por isso, aquele que se ajusta com servidor público na atividade criminosa responde pelo mesmo crime, e por isso o particular pode ser responsabilizado criminalmente por crime próprio de agente estatal.

Quanto ao outro delito sobre a qual versa a acusação, a saber, o de falsidade ideológica, segue a sua previsão legal:

> Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

O mesmo teria ocorrido no momento em que confeccionada a informação 013/2011 que serviria para dar ares de licitude, de forma retroativa, à investigação paralela.

A imputação deste segundo crime é tão obscura que se chegou a ponto de em alegações finais ser imputada a mesma ao réu E.M.A. que sequer havia sido denunciado por tal prática – e isso sem sequer cogitar-se de aditamento da acusação.

Postos os contornos gerais das premissas da quais se parte para analisar autoria e materialidade, cumpre descer aos meandros do caso.

Quanto ao réu E.M.A., o mesmo não pode ser responsabilizado pelo mero fato de ser autoridade superior aos réus D.M.E. e L.A.T.A., pela participação societária em empreendimentos, pela propriedade de veículos automotores superiores aos comumente possuídos pelos demais brasileiros, pelo incremento patrimonial, bem como pelas amizades que possui. Tudo isso pode ser discutido, especialmente tendo em vista o cargo público ocupado pelo réu, mas certamente não nesta ação penal que trata de fato diverso e cujas circunstâncias acima indicadas não têm o condão de provar, sequer de forma indiciária, estar em concurso de pessoas com os demais réus para a exigência de valores para não se investigar fatos relacionados a conhecido e bem-sucedido empresário e sua respectiva família. Basta pensar, por exemplo, que na medida em que a acusação versa sobre intento criminoso do qual não resultou o pagamento de propina, então a evolução patrimonial é fato absolutamente independente do crime imputado. O patrimônio amealhado sem fonte comprovada somente é indício quando o crime ocorreu antes do aumento patrimonial e quando do delito emergiu dinheiro sujo – nunca quando do crime não adveio vantagem pecuniária.

Nem mesmo os comprovantes de transferência apreendidos com F.A.H.O. ou a periodicidade de telefonemas prova a participação do réu E.M.A. nos acontecimentos aos réus imputados. Se F.A.H.O. era amigo, advogado e cuidava de interesses de E.M.A., então se explica a posse dos documentos encontrados em poder deste último. Aliás, se E.M.A. fosse corrupto e

3 Nesse sentido, exemplificativamente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 1.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 574, COSTA, Fernando José da; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186, CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Volume 1.* 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 374, DELMANTO, Celso *et al. Código Penal Comentado.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 180 e 941, CALLEGARI, André Luís *in*: JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.) *et al. Código Penal Comentado.* São Paulo: Manole, 2016, p. 140.

utilizasse interpostas pessoas para os achaques, então seria natural a movimentação financeira em sentido inverso, ou seja, o dinheiro deveria fluir para E.M.A., ao invés do contrário. Por outro lado, uma sequência de telefonemas entre colegas de trabalho e amigos, sem que se tenha o conteúdo das conversas, nada prova, sendo absurdo crer que por meio de tal inferência se coloque alguém atrás das grades e se apeie de modo infamante alguém de cargo público. Desse modo, não se pode dizer nem que estava de conluio, nem que se omitiu dolosamente para deixar acontecer atuação delitiva. Por derradeiro em relação a tal acusado, chama-se aqui a atenção que mesmo admitindo-se que os fatos se deram da forma ventilada na acusação, ainda assim teria havido a ameaça de levar ao conhecimento de E.M.A. a investigação, ou seja, mesmo na pior das hipóteses nega-se que o réu soubesse do procedimento dos agentes e advogados.

Portanto, mostra-se imerecida pelo réu E.M.A. a condenação postulada pelo MPF, mostrando justo o édito absolutório pela completa ausência de provas em seu desfavor.

Do mesmo modo que se disse em relação ao corréu E.M.A., são igualmente irrelevantes as imputações defensivas no que tange à vítima e sua família. Se o empresário F.Q. já teve postos fechados – que foram reabertos por ordem judicial – e se um ou ambos filhos fumam maconha ou consomem outras drogas, isso não tem importância para a investigação da ocorrência de concussão e superveniente falsidade ideológica. Então, se é "Chico misturinha" ou "Chico sei-lá-o-quê", isso não tem importância. A tentativa de desmoralizar o denunciante não é bem-sucedida na medida em que não é crível que se invente uma história do tipo simplesmente para constranger os policiais e resguardar-se de eventual investigação. A propósito, o tipo de atividade empreendida por F.Q. é tipicamente fiscalizada pela Agência Nacional do Petróleo, pelo PROCON, pela Receita Federal, pela Receita Estadual e pela Polícia Civil, o que torna pouco crível que o empresário armasse uma farsa para incomodar e acoar servidores públicos e advogados com os quais não tinha desavença prévia e dos quais não tinha razão para recear atuação fiscalizadora. Do mesmo modo, não tinha por que inventar narrativa fantasiosa por receio de prisão do filho, pois uso de drogas não é da competência investigatória da Polícia Federal e, mesmo se fosse capitulada a conduta como tráfico, ainda assim seria atribuição da Polícia Civil, pois nada insinua que seja tráfico internacional. Aliás, este magistrado nem mesmo crê em tráfico algum, pois o jovem é dono das lojas de conveniência dos postos de gasolina e herdeiro de um negócio multimilionário, sendo inverossímil que buscasse algum lucro com alguma venda de drogas. Se fosse para falar em drogas, seria caso de considerar-se as inúmeras ligações telefônicas interceptadas e transcritas nos autos que pesam em desfavor de outros personagens da operação "Pré-sal".

Retomando a análise da comprovação do ocorrido e de seus coautores, tem-se que a periodicidade de ligações nada prova em desfavor dos acusados. Nem mesmo o conteúdo interceptado revela o envolvimento na empreitada criminosas, não decorrendo de falas como "Então, malandro. Ele vai ver o relatório amanhã na mesa dele. O relatório pra fuder logo com a vida de todo mundo" a assunção da exigência indevida aduzida pela acusação.

Pesa contra os agentes o *modus operandi*, consistente no caráter oficioso da investigação (sem OMP ou inquérito) e do caráter atípico da investigação, focada em notas fiscais e na ausência de atuação conjunta com instituições com *know-how* nesse tipo de dilação probatória (ANP, Receitas Federal e Estadual, etc.), inclusive sem que se obtivesse amostra de combustíveis, já que a suspeita era de adulteração. Entretanto, isso foi averiguado e punido administrativamente e não permite, por si só, a ligação dos réus D.M.E. e L.A.T.A. com a solicitação de vantagem indevida. O testemunho de Roseli no sentido de que os policiais teriam dito que o seu marido estaria "dificultando as coisas" também não atesta seguramente que se trataria do

retardamento do pagamento de propina, podendo ser que os policiais estivessem insatisfeitos pela ausência de cooperação do investigado com a própria investigação. Portanto, em relação a tais réus a absolvição se impõe por falta de provas suficientes para a condenação, pois ainda que existam indícios de que haveria participação dos mesmos, isso não foi comprovado a ponto de tornar segura a convicção de modo a permitir o édito condenatório.

A prova indiciária pode autorizar a condenação, mas sua consistência e convergência devem ser de tal modo convincentes que tornem incrível versão diferente daquela sinalizada pelas provas indiretas. Como ensina Danilo Knijnik[4] "o modelo de constatação aplicável ao processo penal indiciário é o da prova incompatível com qualquer hipótese de inocência".

De outra banda, caso houvesse uma conversa telefônica de um acusado para o outro combinando detalhes sobre o modo de pagamento, utilização da filmagem ou ajustando a porcentagem cabível a cada um sobre o achaque, então seria viável a procedência do pleito. Entretanto, isso inexiste, restando a imposição do veredicto absolutório.

Já em relação especificamente à falsidade ideológica, o édito absolutório igualmente se impõe, não se vislumbrando a inserção de dados falsos, mas mera tentativa de regularizar investigação em curso que estava sem a devida formalização.

Ante o exposto, pode ser questionado: então por que o Delegado Pereira recusou-se a ratificar a atuação dos agentes?

A resposta é simples: a atuação dos agentes estava sob suspeita, sendo natural o receio de chancelar-se uma investigação que estava sendo liderada por outro Delegado e cujo conteúdo, além de desconhecido do *delta*, também era duvidoso.

É possível que os fatos tenham se dado conforme descreve a acusação, tendo os réus D.M.E. e L.A.T.A. atuados mancomunados para extorquir o empresário por meio de interpostas pessoas?

Sim. É possível que isso tenha ocorrido de tal modo, mas a sentença condenatória exige comprovação muito maior do que a plausibilidade e também superior à verossimilhança. Somente pode-se condenar com convicção que tenha afastado dúvida razoável. Mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente.

A verdade factual encontra-se no passado, momento este ao qual não temos acesso direto, mas que depende de uma reconstrução por meio de provas. Inexistindo a possibilidade de cognição do fato em si, que já foi, devemos nos contentar com, no máximo, uma aproximação, e que, pendendo dúvida razoável, seja o acusado absolvido.

O volume de laudas e de diligências não me impressiona. Não é o montante de páginas que se revela suficiente para condenar-se. Pelo contrário. A ausência de prova inequívoca mesmo diante de tantas diligências é que revela a fragilidade do acervo probatório em desfavor dos réus E.M.A., D.M.E. e L.A.T.A..

Nem se diga, ainda, que os F.A.H.O. e R.F.H.O. não teriam como saber das diligências investigativas sem que D.M.E. e L.A.T.A.s estivessem em acordo de vontades com os advogados. Em uma cidade pequena, a visita de uma viatura da Polícia Federal é motivo de muitos comentários, sendo plenamente possível inferir-se a investigação independentemente da informação ter vindo dos policiais para os causídicos. Aliás, ainda que os advogados tenham sabido das investigações por algum comentário de algum dos policiais federais, isso não coloca estes últimos em concurso de pessoas, pois o vazamento da investigação, se houve, não se confunde com

4 KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 55 (itálico no original).

o conluio para achacar o empresário F.Q..

Desse modo, dada a dúvida remanescente sobre a participação dos policiais federais no delito, impõe-se a absolvição.

Já em relação aos acusados R.F.H.O. e F.A.H.O. a situação é muito diferente.

O testemunho de O.F. somado aos laudos que apontam terem sido as filmagens realizadas de dentro do Ford/Fusion utilizado pelo pai dos réus, bem como o reflexo no vidro da mesma bermuda utilizada por F.A.H.O. no dia da busca e apreensão constituem-se em acervo probatório contundente e insofismável. O número do chassis, o carro estacionado na frente da casa dos acusados, a bermuda camuflada utilizada na filmagem ser a mesma utilizada por F.A.H.O. quando da busca e apreensão, bem como a inverossimilhança de que O.F. e F.Q. tivessem inventado a história toda, tudo isso impõe o édito condenatório.

A busca de O.F. por R.F.H.O. para que este advogasse para F.Q. não é crível, pois nem mesmo havia investigação formalizada, revelando-se prematura e incomum a contratação de advogado em tal momento. A contratação foi negada veementemente por F.Q.. Se houvesse mínima intenção de contratação, então seria assinada procuração em favor do advogado para que este consultasse com tranquilidade os autos de inquérito, mas chama a atenção que R.F.H.O. sequer se preocupou com isso, não tendo ido ver do que se trataria a investigação, mas, antes, já teria anunciado o preço de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para o serviço que sequer sabia qual realmente seria. Se a tratativa era essa, de onde surgira a gravação dos caminhões descarregando? Qual o sentido do próprio O.F. gravar as imagens e depois levar o empresário F.Q. a denunciar a extorsão? O que O.F. ganharia com isso? Se O.F. quisesse capitalizar com a intermediação, bastaria propor a R.F.H.O. que houvesse uma parceria, de forma que R.F.H.O. recebesse os R$ 100.000,00 (cem mil reais) desejados e, então, O.F. incluiria sua parte "x", ofertando-se o serviço à F.Q. pela soma de "x" mais os R$ 100.000,00 de R.F.H.O..

Foi incisivamente apontada a "retratação" de O.F. em juízo. Entretanto, o que ocorreu não foi exatamente uma retratação. De igual modo, a declaração em sede correicional, ainda que em um primeiro momento apócrifa, também não pode ser desconsiderada, conforme passo a explicar.

O.F. informou e acompanhou F.Q., ou seja, deu a informação e contribuiu ativamente para que chegasse à Corregedoria o ocorrido. Ainda que em um primeiro depoimento, não tenha quisto assinar suas declarações, as mesmas foram certificadas por servidores com fé pública e o próprio O.F. posteriormente veio a ratificá-las.

A hesitação em juízo não se confunde com retratação. O.F. foi claro ao dizer que destruíram seu celular ao ser inquirido sobre seu comportamento contraditório e é claro que ele viu no perecimento do aparelho uma ameaça à sua pessoa. Não se pode ser ingênuo de crer que é fácil depor contra certos réus, sendo a atitude de O.F. compreensível, nem de longe chegando ao falso testemunho ou à denunciação caluniosa. Note-se, ainda, que a absolvição administrativa e a possibilidade de ser responsabilizado civilmente, conforme inclusive anunciado pelo réu R.F.H.O. em audiência, fizeram O.F. esmorecer.

Portanto, as provas são suficientes para que se tenha como comprovada a atuação dos réus F.A.H.O. e R.F.H.O., mas a que título seriam condenados, se os réus servidores públicos restaram absolvidos?

O crime de tráfico de influência prevê perfeitamente o comportamento dos réus F.A.H.O. e R.F.H.O. que solicitaram dinheiro para influir no curso da investigação, bem como exigiram a vantagem indevida para evitar prisão fraudulenta por tráfico de drogas. Veja-se o art. 332 do

Código Penal:

> Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Inclusive os Delmanto[5] citam precedentes jurisprudenciais de casos muito similares a este:

> Advogado e delegado: Configura o delito do art. 332, parágrafo único, a conduta de advogado que, no exercício profissional, a pretexto de influir na atuação do delegado de polícia, obtém para si, de seu cliente, vantagem indevida (TJSP, RJTJSP 122/466), incidindo a causa de aumento se o agente diz que o dinheiro será repassado à autoridade policial (TJSE, RT 827/692).

Veja-se que a subsunção é tão perfeita que a legislação prevê majorante na qual o caso se encaixa como uma mão em uma luva:

> Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

A condenação por tráfico de influência decorre diretamente da ausência de prova do concurso de pessoas de F.A.H.O. e R.F.H.O. com os policiais D.M.E. e L.A.T.A. – o que torna inviável a condenação por concussão que é crime próprio a exigir que pelo menos um dos envolvidos seja servidor público. A condenação por tipo diverso, sem qualquer alteração do fato e sem o acréscimo de fundamentação jurídica extravagante, é possível sem *mutatio* ou *emendatio libelli*, decorrente não de mudança ou correção do libelo, mas de decorrência lógica e natural de que algum elemento da imputação não restou comprovado, diante da comprovação, porém, de outros, que remanescendo justificam a condenação por tipo penal diverso. Nesse sentido, a voz abalizada - e insuspeita de defender uma visão de processo penal descomprometida com as garantias do acusado – de Aury Lopes Jr.:[6]

> Explicamos: se não existe alteração do objeto, especificamente o elemento objetivo, pois a sentença se limitou a julgar o fato imputado, e apenas existem elementos que a instrução não comprovou a ocorrência, não há problemas.
> Exemplos:
> 1. Quando é imputada a prática de peculato a alguém e, no curso da instrução, comprova-se que o agente não é servidor público. Nesse caso, é perfeitamente possível ao juiz condenar o réu por apropriação indébita, independentemente de qualquer aditamento, exatamente porque não houve alteração do fato narrado na acusação.
> 2. A denúncia atribui a alguém a prática de um crime de roubo, pois teria subtraído para si determinada coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça. No curso da instrução comprova-se a autoria e a subtração, mas não logra a acusação demonstrar a ocorrência de violência ou grave ameaça. Nesse caso, está o juiz autorizado a condenar por furto, sem prévia manifestação das partes.

5 DELMANTO, Celso *et al*. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 991.
6 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.108.

> Em ambos os casos não houve, na sentença, decisão incongruente, mas apenas uma redução da imputação por ausência de provas. E, como o tipo penal era decomponível, possível a condenação por outro delito, pois o afastamento da elementar, por falta de prova, conduz a uma atipicidade relativa.

Assim, comprovado o achaque ao empresário e família, bem como ausentes provas de que os policiais federais consentiram com a cobrança ilícita, revela-se impositiva a condenação de ambos réus, F.A.H.O. e R.F.H.O., pelo crime de tráfico de influência que se consumou já no momento da solicitação da vantagem indevida, pois o pagamento, se tivesse ocorrido, seria mero exaurimento do *iter criminis*.

Passo, então, a dosar as reprimendas, começando pelo réu R.F.H.O..

Na fixação da pena-base de R.F.H.O., tem-se que:

a) a culpabilidade é extremamente elevada, dado que foi R.F.H.O. quem fez o contato com O.F. para propor-lhe o pacto criminoso;

b) os antecedentes criminais não desabonam o acusado;

c) sobre a conduta social nada há que imponha elevação da reprimenda;

d) a personalidade do agente não apresenta traço que aconselhe maior resposta penal;

e) os motivos foram os normais ao tipo penal (obtenção de dinheiro);

f) as circunstâncias foram muito graves, pois o acusado valeu-se da condição de advogado para praticar o delito, sujando a imagem da classe, bem como aproveitando-se do prestígio de seu pai e de seus amigos;

g) as consequências do crime foram graves, pois abalaram uma família inteira, aterrorizaram o advogado O.F., bem como mancharam a imagem da Polícia Federal e da Advocacia;

h) o comportamento da vítima em nada contribuiu ao delito.

Assim, a pena-base, dada a culpabilidade, as circunstâncias e consequências desabonatórias, impõem a fixação da reprimenda em 3 anos e 10 meses.

Nada influencia na segunda fase da dosimetria, mantida a reprimenda tal como dosada na etapa anterior, restando a pena-base em 3 anos e 10 meses.

Por fim, para chegar-se à pena definitiva, aplica-se a majorante de um meio, alcançando-se a soma de 5 anos e 9 meses.

Inviável a substituição ou suspensão da pena, dado o montante da mesma e da gravidade concreta do delito.

A pena de multa, por sua vez, é dosada por meio de metodologia bifásica, na qual em um primeiro momento é fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa à luz da culpabilidade em sentido lato apreciada na forma do art. 59 do Código Penal, bem como tendo igualmente em vista a gravidade do crime em si, de forma que a primeira fase espelhe a proporcionalidade entre a reprimenda não-corporal, seu destinatário e o fato no qual o mesmo esteve envolvido, ao passo que em um segundo momento impõe-se a fixação do valor do dia-multa tendo em vista a situação econômica do apenado (art. 60 do Código Penal). E assim no caso em tela a sanção pecuniária é fixada tendo em vista dada a culpabilidade bem acentuada e a gravidade considerável da prática delitiva, arbitrando-se o montante de 100 (cem) dias-multa, cada um no valor mínimo de 1 (um) um salário mínimo, dada a situação financeira do réu.

Por outro lado, na fixação da pena-base de F.A.H.O., tem-se que:

a) a culpabilidade é elevada, dado que foi F.A.H.O. quem fez as filmagens para intimidar F.Q.;

b) os antecedentes criminais não desabonam o acusado;

c) sobre a conduta social nada há que imponha elevação da reprimenda;

d) a personalidade do agente não apresenta traço que aconselhe maior resposta penal;

e) os motivos foram os normais ao tipo penal (obtenção de dinheiro);

f) as circunstâncias foram graves, pois o acusado agiu aproveitando-se do prestígio de seu pai e de seus amigos;

g) as consequências do crime foram graves, pois abalaram uma família inteira, aterrorizaram o advogado O.F., bem como mancharam a imagem da Polícia Federal e da Advocacia;

h) o comportamento da vítima em nada contribuiu ao delito.

Assim, a pena-base, dada a culpabilidade, as circunstâncias e consequências desabonatórias, impõem a fixação da reprimenda em 3 anos de reclusão.

Nada influencia na segunda fase da dosimetria, mantida a reprimenda tal como dosada na etapa anterior, restando a pena-base em 3 anos de reclusão.

Por fim, para chegar-se à pena definitiva, aplica-se a majorante de um meio, alcançando-se a soma de 4 anos e 6 meses de reclusão.

Inviável a substituição ou suspensão da pena, dado o montante da mesma e da gravidade concreta do delito.

A pena de multa, por sua vez, é dosada por meio de metodologia bifásica, na qual em um primeiro momento é fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa à luz da culpabilidade em sentido lato apreciada na forma do art. 59 do Código Penal, bem como tendo igualmente em vista a gravidade do crime em si, de forma que a primeira fase espelhe a proporcionalidade entre a reprimenda não-corporal, seu destinatário e o fato no qual o mesmo esteve envolvido, ao passo que em um segundo momento impõe-se a fixação do valor do dia-multa tendo em vista a situação econômica do apenado (art. 60 do Código Penal). E assim no caso em tela a sanção pecuniária é fixada acima do mínimo, dada a culpabilidade acentuada e a gravidade da prática delitiva, arbitrando-se o montante de 70 (setenta) dias-multa, cada um no valor mínimo de 1/5 (um quinto) de salário mínimo, dada a situação financeira do réu.

O regime prisional inicial de ambos réus é o semi-aberto, compatibilizando-se o estímulo à reflexão e à conscientização com a socialização reintegradora à sociedade. Regime mais favorável implicaria em punição pífia perante a gravidade do fato. Regime mais severo parece exagerado para o fomento dos fins da pena.

Assim, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO PENAL, condenado:

a) o réu R.F.H.O. ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 100 (cem) dias-multa à razão de 1 (um) salário mínimo cada.

b) o réu F.A.H.O. ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa à razão de 1/5 (um quinto) de salário mínimo cada.

O pleito condenatório é improcedente no que tange aos réus E.M.A., D.M.E. e L.A.T.A., vez que em desfavor do primeiro não existem provas de atuação criminosa (art. 386, V, do CPP), assim como em relação aos outros dois a parca prova existente é insuficiente para a con-

denação (art. 386, VII, CPP).

Com o trânsito em julgado, inicie-se a execução das penas e proceda-se às anotações de praxe. De igual modo, extraia-se cópia desta sentença e de outras peças necessárias ao processo administrativo ético-disciplinar junto à OAB/SP.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

De Mogi das Cruzes/SP para Caraguatatuba/SP, em 26 de setembro de 2016.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

EXECUÇÃO FISCAL
0004750-21.2011.4.03.6182

Exequente: FAZENDA NACIONAL
Executados: TENDA DA BAHIA COMÉRCIO DE ARTIGOS FOLCLÓRICOS LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2017

Vistos.

A executada GILDA AZEVEDO apresenta exceção de pré-executividade alegando, em síntese, ilegitimidade passiva ante a ausência de procedimento para apuração da responsabilidade; prescrição parcial dos créditos vencidos até 2005, em relação à empresa; prescrição parcial dos créditos vencidos até 10/2008, em relação à excipiente e prescrição para o redirecionamento (fls. 150/182).

Intimada a se manifestar, a exequente defende a regularidade da cobrança, da inclusão da excipiente no polo passivo da ação e pugna pelo indeferimento da exceção de pré-executividade (fls. 187/247).

É o relatório. Decido.

Da prescrição do crédito

A prescrição vem regulada no Código Tributário Nacional em seu artigo 174, que cito para facilitar o acompanhamento da fundamentação:

> A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.
> Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
> I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal.
> II - pelo protesto judicial;
> III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
> IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Neste ponto, deve ser analisada a hipótese de suspensão descrita no art. 2º, § 3º, da Lei 6830/80. Referido parágrafo cria hipótese de suspensão do prazo prescricional por 180 dias a partir da inscrição do débito em dívida ativa. Entretanto, considero este parágrafo inconstitucional por ofensa ao artigo 146, III, b, da CF/88 que estabelece que "cabe à *lei complementar* estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, *prescrição e decadência* tributários" (grifei).

Neste sentido, não poderia uma lei ordinária federal estabelecer nova hipótese de suspensão da prescrição tributária não estipulada pelo CTN ou por lei complementar. Portanto, deixo de aplicar referida hipótese de suspensão conforme entendimento da Primeira Turma do STJ, cuja interpretação da LEF segue o mesmo sentido:

> I - As hipóteses contidas nos artigos 2º, § 3º e 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 não são passíveis de suspender ou interromper o prazo prescricional, estando a sua aplicação sujeita aos limites impostos pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional, norma hierarquicamente superior.

> II - "A LEF (Lei 6.830/80) determina a suspensão do prazo prescricional pela inscrição do débito na dívida ativa (art. 2º, § 3º). O CTN, diferentemente, indica como termo *a quo* da prescrição a data da constituição do crédito (art. 174), o qual só se interrompe pelos fatos listados no parágrafo único do mesmo artigo, no qual não se inclui a inscrição do crédito tributário" (REsp nº 178.500/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 18.03.2002, pág. 00194).
> III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 189150 / SP ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1998/0069729-2 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/06/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 08.09.2003 p. 220)

No que se refere ao termo de interrupção da contagem do prazo prescricional, a Lei Complementar 118 de 09 de fevereiro de 2005 alterou o artigo 174, parágrafo único do CTN que passou a ter a seguinte redação:

> A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva:
> Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
> I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal.

Assim, o despacho do juiz que ordena a citação passou a ter efeito interruptivo na contagem do prazo prescricional.

Todavia, meu posicionamento é no sentido de que a interrupção da prescrição se dá com a efetiva citação pessoal feita ao devedor e não com o despacho que determina a citação na execução. Entendo que se a prescrição fosse interrompida com o despacho do juiz determinando a citação, estaria ferido o princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, pois o contribuinte seria prejudicado com a suspensão de um prazo extintivo de direito sem que tenha conhecimento desse fato. Considerando que o tempo entre o despacho determinando a citação e sua efetivação pode demorar anos ou décadas, posto a cargo dos exequentes, o contribuinte poderia se desfazer de documentos fiscais em cinco anos, acreditando no artigo 195, § único, do CTN. Se for citado muitos anos após, não terá condições materiais para se defender.

Não obstante o meu posicionamento sobre o tema, no REsp. 1.120.295/SP, o art. 174, § único, I, do CTN, foi afastado por incoerência, aplicando-se os §§ 1º e 2º do art. 219 do CPC então vigente. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. [...] 13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN). 14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional. [...] 17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação

> do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC). [...] 19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. STJ. 1ª Seção. REsp. 1.120.295-SP, Rel. Min. Luiz Fux. Un. J. 12/05/2010, publ. 21/05/2010.

Todavia, os julgadores não se atentaram para os §§ 3º e 4º do art. 219 do CPC, que possuíam a seguinte redação:

> § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.
> § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, inovou nosso ordenamento em diversos pontos. Para os fins do quanto aqui decidido, destacamos seu art. 489, notadamente no seguinte:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]
> § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]
> V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Esses dois incisos positivam, entre nós, a doutrina ou teoria dos precedentes e justificam uma análise comparativa entre nosso ordenamento jurídico e o inglês, ainda que feito muito brevemente, mas cujo resultado poderá alterar o rumo da jurisprudência tributária.

Nos países que adotam o sistema jurídico do *Civil Law*, a legislação é a principal fonte do direito. Conhecemos suas regras clássicas de interpretação, como a gramatical, a teleológica, a histórica e a sistemática, por exemplo. Também faz parte de nosso vocabulário e conhecimento técnico-jurídico a subsunção do fato à norma. E há elementos de interpretação razoavelmente novos, notadamente no ambiente do Direito Constitucional, como a interpretação conforme a Constituição. Todos esses dados e elementos interpretativos têm uma raiz comum: eles partem de textos aprovados por pessoas eleitas para tanto, como no caso da Constituição, surgida no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte.

Por outro lado, nos países que adotam o sistema jurídico do *Common Law,* como a Inglaterra (seu berço), os Estados Unidos e outros que sofreram mais de perto a influência inglesa, a fonte primeira do direito é a jurisprudência. Nesse sistema, as decisões judiciais foram sendo construídas desde épocas imemoriais (J. W. EHRLICH. *Ehrlich's Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959, p. 25), quando aplicavam os princípios gerais de direito (como o *pacta sunt servanda*) e os costumes locais, e foi tomando corpo, notadamente a partir do Século XIII (Winston S. CHURCHILL. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956], p. 137).

No *Common Law*, no âmbito aqui destacado, a nomenclatura acima mencionada (interpretação sistemática, subsunção etc.) vai ser substituída por outras, relacionadas à decisão judicial anterior utilizada como paradigma para o julgamento, ou seja, o precedente. Por exem-

plo, a identificação de qual parte do julgado anterior contém a razão de decidir (*ratio decidendi*), que forma a própria regra jurídica (os "fundamentos determinantes" do citado inc. V do § 1º do art. 489); a parte que é relevante para o caso anterior (*obter dictum*), mas que não gera precedente obrigatório (*binding)*, ainda que tenha efeito persuasivo (*persuasive*), etc.

Essa teoria vai mencionar a aplicação (*applying*) da decisão anterior ("o caso sob julgamento se ajusta" ao precedente, conforme redação do citado inc. V do § 1º do art. 489), a "distinção" (*distinguishing*) do caso presente com o anterior (inc. VI, citado), a "superação do entendimento" (*overruling*) da decisão pretérita (inc. VI, citado) e outros, conforme veremos em seguida. É a esse conjunto de regras de hermenêutica que damos o nome de teoria do precedente. Vejamo-la.

A principal regra da teoria do precedente é a aplicação da decisão anterior ao caso presente, via analogia. Assim, identifica-se que, dados os mesmos aspectos fundamentais de um acontecimento *sub judice* com os identificados em um julgado anterior, a decisão dada será a mesma que já fora firmada.

Com isso, confere-se segurança jurídica à sociedade, sendo que os precedentes podem ter sido firmados, na Inglaterra, na Idade Média, por exemplo. Assim, os operadores do direito têm condições de prever qual será o resultado de um julgamento, pois conhecem as decisões dadas para hipóteses similares. Acaso haja necessidade de mudança no entendimento consolidado, os julgadores ingleses deixam para o Parlamento tomar essa decisão.

Mas os pontos mais interessantes da teoria compõem a hipótese de o precedente não ser aplicado. Isso corre, na circunstância mais simples, quando não há precedente. Nesse caso, o julgador inglês deve aplicar o direito natural e os princípios gerais de direito para a solução da controvérsia. E pode ser que, no futuro, essa decisão vire um precedente.

A possibilidade teórica seguinte é a do precedente não permitir a analogia, pelas circunstâncias serem distintas, o que faz surgir a distinção entre o caso passado e o presente. Confira-se a explicação doutrinária:

> Um precedente pode não ser considerado relevante para o caso a ser julgado, hipótese em que se diz que o precedente é distinguível. Ele pode ser considerado não relevante porque há um ou mais fatos materiais no prévio caso (operação considerada necessária pelas regras legais) que estão ausentes no caso presente ou porque há um ou mais fatos materiais no presente caso que não constavam no caso prévio (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5). Tradução livre, nossa. No original consta: "[...] a precedent may not be considered relevant to the case in hand, in which case the precedent is said to be distinguishable. It may not be considered relevant either because there is one or more material facts in the previous case (considered necessary for the operation of the legal rule) which are absent in the present case or because there is one or more material facts in the present case which are absent in the previous case".

Chamamos a atenção para o fato de que, nas cortes inglesas, não é suficiente mencionar que os casos são diferentes. Espera-se que os juízes demonstrem, racionalmente, os pontos em que há dissonância entre a decisão anterior e a que está sendo apreciada. No CPC, a regra está no citado art. 489, § 1º, inc. V. De fato, esse texto considera não fundamentada decisão que deixe de "demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos". Quando houver referido ajuste, estaremos diante do *applying*. Quando não, será o caso do *distinguishing*.

O próximo nível, mais complexo, é a desaprovação ou a superação do precedente, sendo o primeiro deles muito sutil: "Se o precedente é desaprovado, a regra legal estabelecida no caso anterior pode manter seu status como um precedente (apesar de poder ser indesejável que ele seja seguido em casos futuros)" (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5. Tradução livre, nossa. No original consta: "If a precedent is disapproved, the legal rule established in the earlier case may retain its status as a precedent (although it may be unlikely it will be followed in future cases)". Já na superação (*overruling*) o julgado anterior deixa de valer para o caso presente e para o futuro. Confira-se:

> Quando um precedente é superado, toda regra legal estabelecida no caso anterior cessa de ter efeito. (Superar um precedente de caso anterior não pode ser confundido com a reversão da decisão no caso, que ocorre quando uma corte superior no mesmo processo decide, em apelação, com uma decisão diferente daquela alcançada pela corte mais baixa). Pode não ser fácil afirmar se um precedente foi desaprovado ou superado (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5).

Como já indicamos, a "superação" consta no final do inc. VI do § 1º do citado art. 489 do CPC.

Por fim, surge a situação extrema, que é o centro de nossas atenções: a decisão anterior considerada errada, ou descuidada (*per incuriam*), não gera precedente. Vejamos essa hipótese com mais vagar.

O conhecimento do direito, conforme Blackstone, deriva da experiência, do estudo e do longo costume de se aplicar as decisões judiciais de seus predecessores. É parte do *Common Law* que os juízes apliquem os precedentes, tanto nos aspectos procedimentais quanto de mérito, exceto quando há fortes motivos para não fazê-lo. Em suas palavras:

> Também essas regras admitem exceção quando a decisão anterior for evidentemente contrária à razão. Mas em tais casos os novos juízes não fingem fazer uma nova lei, mas sustentam que a anterior foi uma deturpação. Se for considerado que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, isso é declarado, não que a decisão anterior era ruim, mas que não era direito; isto é, que não era um direito costumeiro do reino, como foi erroneamente considerado (J. W. EHRLICH. *Ehrlich's Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959, p. 26. Tradução livre, nossa. No original, consta: "Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. If it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined". Os destaques são nossos.).

Em outras palavras, o *Common Law* é baseado na razão e o que for flagrantemente contrário a ela não faz parte desse direito, ao contrário do que acontece nos países que adotam o *Civil Law*. Especificamente sobre decisões judiciais que descumprem esse princípio, Blackstone reforça:

> A doutrina do direito então é essa: os precedentes e as regras têm que ser seguidas, a menos que flagrantemente absurdas ou injustas; ainda que suas razões não sejam óbvias à primeira

> vista, nós as mantemos como uma deferência aos tempos antigos e não supondo que eles agiram totalmente sem consideração. No geral, contudo, nós devemos aplicar a regra geral, "que as decisões das cortes de justiça são, à evidência, o que é o common law" (J. W. EHRLICH. *Ehrlich's Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959, p. 26-27. Tradução livre, nossa. No original, consta: "Evidence of common law: judicial decisions – The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust: for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose they acted wholly without consideration. Upon the whole, however, we may take it as a general rule, 'that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law'").

Discutida teoricamente, a decisão paradigmática para afastar um precedente considerado *per incuriam*, em tempos modernos, somente foi dada em 1944 (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 18), em decisão assim exarada:

> Corte de Apelação – Obrigação de seguir decisões prévias.
> A Corte de Apelação está obrigada a seguir suas próprias decisões e aquelas de cortes de coordenada jurisdição, e o "plenário" está, nesse sentido, na mesma posição a respeito das divisões da corte compostas por três membros. As únicas exceções a esta regra são: – (1.) A corte é obrigada a decidir qual dentre duas de suas decisões conflitantes deve ser seguida; (2.) a corte é obrigada a se recusar a seguir uma decisão sua que, apesar de não expressamente superada, não poder, em sua opinião, ser mantida frente a uma decisão da Câmara dos Lordes; (3.) a corte não é obrigada a seguir uma decisão sua se considerar que a decisão foi dada *per incuriam,* por exemplo, onde uma lei ou uma regra que tenha o efeito de uma lei que poderia afetar a decisão não foi levada em consideração pela corte anteriormente (INGLATERRA. Corte de Apelação. *Young & Bristol Aeroplane Company Limited*. Julgado em 6, 7 e 8 de junho e 28 de julho de 1944. *UK Law Online*. Disponível em www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/youngv.htm. Consultado em 11.02.2016. Tradução livre, nossa. No original consta: "Court of Appeal – Obligation to follow previous decisions. The Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the 'full' court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are: – (1.) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow; (2.) the court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords; (3.) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given per incuriam, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court").

Nesse processo que, como indicado, é um marco na teoria do precedente, Lord Donaldson afirmou:

> A importância da regra do *stare decisis* em relação às próprias decisões da Corte de Apelação, dificilmente podem ser exageradas. Nós, agora, às vezes, temos oito divisões [turmas ou sessões] e, sem essas regras, o direito poderá rapidamente vir a ser totalmente incerto. Contudo, a regra não é sem exceção, embora muito limitada... Todavia, esta Corte tem que ter muito fortes razões para considerar justificável não aplicar suas próprias decisões (Tradução livre, nossa. No original consta: "The importance of the rule of stare decisis in relation to the Court of Appeal's own decisions can hardly be overstated. We now sometimes sit in eight divisions and, in the absence of such a rule, the law would quickly become wholly uncertain.

> However, the rule is not without exceptions, albeit very limited... Nevertheless, this court must have very strong reasons if any departure from its own previous decisions is to be justifiable").

É esse espírito que deve ser buscado pela sociedade brasileira, notadamente após o Código de Processo Civil de 2015. Quando o Poder Judiciário deixar de levar em consideração uma decisão legislativa ou um precedente, em decisão descuidada, esse julgado não deve ser considerado como precedente e deve ser superado.

Conforme apontado, no REsp 1.120.295/SP, conquanto tenha recebido o efeito dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar a causa sob a disciplina dos §§ 3º e 4º do artigo 219 do CPC/1973. E, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil/2015, essa lacuna faz com que o julgado no REsp 1.120.295/SP não deva ser aplicado, não se constituindo em um precedente.

Relembremos: O Código de Processo Civil de 1973 determina que:

> Art. 219: A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
> § 1º. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.
> § 2º. Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.
> § 3º. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.
> § 4º. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (grifo nosso)

Da leitura unificada desses parágrafos, interpreta-se que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura (distribuição) da ação, se a citação for realizada em até cem dias. Se a citação ocorrer após cem dias contados da distribuição, a interrupção da prescrição ocorrerá somente com a efetiva citação.

Esclareço que somente essa conclusão restaura o primado do princípio da estrita legalidade em matéria tributária, que é um alicerce na nossa Constituição Federal, fazendo com que as escolhas legislativas sejam a principal fonte do Direito Tributário brasileiro.

Aplicando esse entendimento, passo a análise do caso *sub judice*.

No presente caso, os valores referem-se a créditos constituídos por declaração do contribuinte entregues em 29/04/1997 (8157128 – fls. 217), 28/04/1998 (3105031 – fls. 217), 30/05/2006 (6857433 – fls. 216), 25/05/2007 (6261864 – fls. 216), 29/05/2008 (7010754 – fls. 216), 02/04/2009 (0299190 – fls. 234) e 25/09/2009 (0068152 – fls. 234).

De acordo com a documentação juntada aos autos pela exequente, o contribuinte/executado aderiu a programa de parcelamento da dívida em 12/2001, rescindido em 06/2003, realizou nova adesão em 11/2003, rescindido em 09/2006 e o por fim aderiu a novo parcelamento em 09/2006 que foi rescindido em 11/2009 (fls. 218/247).

O parcelamento do débito tributário é ato inequívoco que importa no seu reconhecimento pelo devedor, interrompendo a prescrição, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso IV do CTN:

> Art. 174, parágrafo único: A prescrição se interrompe:
> IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe no reconhecimento do débito pelo devedor.

Considerando que o último parcelamento requerido pela parte foi rescindido em 11/2009 (fls. 232), nesse momento reiniciou a contagem do prazo prescricional. Assim, chega-se à conclusão de que, sendo o prazo prescricional de cinco anos (art.174 do C.T.N.), e tendo a citação do executado se consumado em 13/04/2011 (fls. 87), antes, portanto, de decorrido o prazo de 100 (cem) dias indicados nos parágrafos do artigo 219 do CPC/73, a interrupção da prescrição deve retroagir à data da propositura da execução fiscal que se deu em 18/01/2011.

Ante o exposto, não há que se falar em prescrição dos créditos tributários, pois entre o reinício da contagem do prazo prescricional (11/2009) e o ajuizamento da ação (18/01/2011), não transcorreu prazo superior a 5 (cinco) anos.

Por fim, entendo que, pela data dos fatos, o artigo 240 do Código de Processo Civil de 2015 não é aplicável.

Da Ilegitimidade Passiva

O Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, entendeu que os princípios do contraditório e da ampla defesa, que compõem o devido processo legal, devem ser aplicados no procedimento de responsabilização tributária:

> ... Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc)... (Ag Regimental no RE 608.426-PR, 2ª Turma, j. 04/10/2011, DJe de 21/10/2011)

Da decisão do STF, constata-se que a constituição do crédito tributário é um procedimento administrativo, nos termos em que fixados pelo legislador (art. 142 do CTN), sobre o qual repousam as garantias constitucionais que o princípio do devido processo legal alberga (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV).

Vale dizer: a exigência de impossibilidade de inadimplemento do crédito tributário será identificada na execução fiscal, mas a culpa do apontado como responsável pelo estado de insolvência do contribuinte ou do substituto tributário terá que ser averiguada em processo de conhecimento.

Assim, no caso do art. 134 do CTN, deve ser aberto um procedimento administrativo para apurar a atuação culposa do responsável (terceiro), que tenha levado o contribuinte à insolvência em relação a um específico crédito tributário. A insolvência será verificada no processo de execução fiscal. Como a execução fiscal não é o local apropriado para a busca do direito – e sim para a satisfação do credor -, a única maneira de se dar cumprimento à Constituição Federal será a abertura de um procedimento administrativo, onde se iniciará com a informação da procuradoria fazendária da impossibilidade da obrigação tributária por parte do contribuinte, identificada no processo de execução fiscal. Em seguida, a autoridade processante dará início ao procedimento administrativo de responsabilização, notificando o apontado como responsável para se defender. O procedimento administrativo, a partir daí, deve ser processado nos termos da legislação. À execução fiscal, de seu turno, deve ser aplicado o art. 40 da Lei 6.830/80, ficando o executivo fiscal sobrestado até o término do procedimento administrativo ou da ocorrência da prescrição intercorrente, o que acontecer primeiro.

No caso do art. 135 do CTN, sua aplicação exige a realização, pelo apontado como responsável (terceiro) de um negócio jurídico lícito, em nome do contribuinte, mas contra seus interesses, que faça nascer uma obrigação tributária. Nesses casos deve o próprio contribuinte informar à Administração Tributária que referido negócio jurídico lícito, em seu nome, feriu a legislação que rege a conduta das pessoas relacionadas no mencionado artigo do CTN. Após, será instaurado um procedimento administrativo típico, nos termos da legislação de regência. Ao seu término, deverá ser constituído (ou revisto) o crédito tributário, em nome do responsável tributário (responsabilidade pessoal), se os fatos alegados ficarem provados, ou do contribuinte, acaso se julgue pela inaplicabilidade do art. 135 do CTN.

Por fim, na aplicação da Súmula 435 do STJ, quando ficar provado, na execução fiscal, o encerramento irregular da sociedade, deve o procurador fazendário provocar o procedimento administrativo, enquanto a execução fiscal segue para o arquivo sobrestado (artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais), nos termos como ocorre na aplicação do art. 134 do CTN.

Considerando que não foram respeitados os conteúdos mínimos contidos no princípio do processo legal (contraditório e ampla defesa), ante a ausência de procedimento de responsabilização, não há que se permitir o redirecionamento da cobrança executiva do contribuinte para o terceiro, ora excipiente.

Da prescrição para o redirecionamento

Entendo que, para fins de redirecionamento do feito, é necessário que a citação do sócio seja efetivada no prazo de 05 anos a contar da citação da empresa executada, sob pena de prescrição. Melhor dizendo, o prazo prescricional de 05 anos para a citação do sócio começa a fluir da data da efetiva citação da empresa executada.

Contudo, a matéria encontra-se submetida ao rito dos recursos repetitivos (RESP 1.201.993/SP, Rel. Min. Herman Benjamim), nos termos do art. 543-C do CPC/73.

Anoto que a suspensão realizada na forma do artigo 543-C do CPC/73 era dirigida apenas aos tribunais de 2ª instância, que deveriam suspender a tramitação dos recursos até a conclusão do julgamento do tema declarado como de repercussão geral, não se aplicando aos feitos em tramitação na 1ª instância.

Com o advento do CPC/2015, alterações significativas foram realizadas no que tange ao processamento e gestão de feitos que envolvam matéria repetitiva, afetando todos os órgãos jurisdicionais. Algumas das hipóteses de sobrestamento de feitos, em qualquer grau de jurisdição, foram expostas nos arts. 1.036, § 1º e 5º; 1037, § 2º; 313, IV; 982, I e 1029, § 4º.

Vale destacar que o art. 927, III, estabelece que "os juízes e tribunais observarão (...) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos".

Assim, em que pese a ausência de previsão legal expressa no sentido de suspender os feitos em primeiro grau, ante o reconhecimento de repercussão geral na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por medida de cautela, deixo de apreciar a questão até o julgamento final do REsp nº 1.201.993/SP, para evitar possível decisão em desacordo com a proferida, futuramente, pela instância superior, na forma do art. 927, III, do CPC/2015.

Decisão

Posto isso, defiro em parte o pedido formulado na exceção de pré-executividade oposta, para reconhecer a ilegitimidade passiva de Gilda Azevedo.

Remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações.

Deixo, por ora, de condenar a exequente ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da excipiente, tendo em vista que a questão sobre a "possibilidade de fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta" encontra-se suspensa, conforme determinado no REsp 135.8837/SP (Tema 961), submetido ao regime de recursos repetitivos (art. 1.037, II, CPC).

Por fim, considerando o baixo valor do feito, conforme parâmetro estabelecido pela própria exequente (Portaria PGFN nº 396, de 20/04/2016), suspendo o curso da execução fiscal com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80.

Aguarde-se provocação no arquivo.

Int.

São Paulo, 16 de janeiro de 2017.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
0004305-88.2013.4.03.6131

Embargante: MASSA FALIDA DE COMPANHIA AMERICANA INDUSTRIAL DE ÔNIBUS - CAIO
Embargada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

Vistos, em sentença.

São embargos à execução fiscal movimentados por MASSA FALIDA DE COMPANHIA AMERICANA INDUSTRIAL DE ÔNIBUS – CAIO em face da UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL, em que se pleiteia a desconstituição do ato administrativo de lançamento fiscal dirigido em face da ora requerente. Sustenta a embargante, em suma, que o lançamento fiscal contra si dirigido incide em ilegalidade intransponível porquanto figurou como tomadora de serviços de empresas prestadoras que se encontravam sob regime de tributação diferenciada, a saber, o SIMPLES FEDERAL. Que, sendo esta a conjuntura, não caberia a retenção do percentual de 11% sobre o valor da nota fiscal/ fatura a título de contribuição previdenciária, porque o montante respectivo já se encontra incorporado aos recolhimentos efetivados sob a égide do sistema simplificado; aduz que a descaracterização da atividade das prestadoras de serviços da embargante foi feita sem base legal, e que não há como sustentar, nessas condições o ato administrativo de lançamento; por fim, argumenta com o descabimento da cobrança de juros e multa fiscal, considerando tratar-se a embargante de massa falida. Junta documentos às fls. 33/193.

Recebidos os embargos (*fls. 216*), à vista da intimação do síndico da penhora no rosto dos autos da falência da embargante (cf. *fls. 155* e certidão de *fls. 156* dos autos da execução que tramitam no apenso), abriu-se oportunidade para impugnação da embargada, o que se deu às fls. 220/236, com documentos às fls. 237/238. A embargada sustenta a plena validade e higidez da exação aqui em comento, defendendo a legalidade do procedimento administrativo de constituição do crédito previdenciário aqui em testilha, e sustentando a exata coincidência entre a situação de fato ensejadora da tributação e a hipótese material ventilada no caso concreto, o que perfaz o requisito da incidência de todas as espécies tributárias que são exigidas da contribuinte, bem assim a compatibilidade de suas alíquotas. Quanto ao mais, bate-se pela legalidade da aplicação de juros multa moratória ao débito em aberto, tendo em vista que os créditos aqui causa são anteriores à abertura da falência da executada.

Réplica às fls. 241/259.

Às fls. 277/298, capeadas pela petição de fls. 275/276, a embargada exibe cópia do procedimento administrativo de constituição do crédito fiscal, complementada pela documentação de fls. 318/327. Em atenção ao que restou decidido às fls. 267/268 destes autos, complementado pela decisão de fls. 303 e 339, a Secretaria da Receita Federal encaminha aos autos a documentação de fls. 343/346, expediente sobre o qual a embargante se manifesta às fls. 348/349, com documentação às fls. 350/352-vº. Intimada a se manifestar a respeito, a embargada atravessa petição às fls. 354/355, com documentação às fls. 356/364.

Inicialmente indeferido à embargante o benefício da Assistência Judiciária, restou o mesmo a ela concedido, consoante se extrai do expediente que consta de fls. 366/434-vº, ca-

peado pela certidão de fls. 365.

Inicialmente distribuídos os embargos junto ao Anexo Fiscal da Justiça Estadual da Comarca de Botucatu, os autos foram encaminhados a este Juízo Federal, a partir da instalação da Vara.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Não há preliminares a decidir, nulidades a proclamar, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Oportuno consignar, nesse passo, que ambas as CDA's que aparelharam o feito executivo aqui em epígrafe ostentam plenos requisitos de validade formal, na medida em que descrevem, circunstanciadamente, os montantes pretendidos na execução, acompanhados dos respectivos fundamentos legais do débito. Todas as hipóteses concretas da tributação em que incidiu o sujeito passivo da obrigação tributária estão claramente expostas na inicial da execução, bem como todas as incidências legais que a exeqüente acredita vertentes à espécie. Nada há, nisso, que impeça, dificulte ou prejudique o exercício do direito de defesa por parte do executado/ embargante, o que cumpre o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. Observo, de outro giro, que, em nenhum momento e de nenhuma forma, se exige que a CDA venha acompanhada de planilha de cálculo de juros de mora ou de índices de atualização a demonstrar a evolução do débito. Exige-se apenas o montante principal e a forma de calcular os encargos e atualização, requisito que se encontra plenamente satisfeito pelos títulos que aparelham a execução. Apenas com esses dados já é possível ao devedor efetuar a impugnação daquilo que lhe está sendo exigido. Nesse sentido, existe torrencial posicionamento jurisprudencial: Processo: AC 00233502720074039999 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1200195, Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3, 6ª T., Data da Decisão: 08/08/2013, Data da Publicação: 16/08/2013; Processo: AI 00044431820134030000 – AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 498354, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3, 3ª T, Data da Decisão: 06/06/2013, Data da Publicação: 14/06/2013; Processo: AC 00282953820024036182 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 174186, Relator(a): JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO; TRF3, 4ª T., Data da Decisão: 02/05/2013, Data da Publicação: 10/05/2013.

Dito isto, verifica-se estar-se diante de um feito bem processado, partes legítimas e bem representadas, os autos estão em termos para julgamento pelo mérito, até porque todas as provas necessárias ao deslinde da causa já constam dos autos. Passo, pois, ao exame do mérito da questão posta em julgamento.

O cerne da discussão jurídica aqui entabulada se refere ato administrativo de lançamento fiscal aqui levado a efeito pela autoridade tributária, que, com relação a empresas que prestam serviços à embargante, exigiu das mesmas a apresentação do valor correspondente à retenção de 11% incidente sobre as notas fiscais/ faturas por ela emitidas, sendo que, ao que se alega, as mesmas se encontram adjungidas ao SIMPLES.

Os embargos aqui movimentados pela executada não procedem, *data maxima venia*.

Embora, rigorosamente, não reste nenhuma dúvida quanto à higidez da tese de direito afirmada pela embargante, isto é, de que não é exigível das prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES a retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal/ fatura a título de contribuição previdenciária (porque o montante respectivo já se encontra incorporado aos recolhimentos efetivados sob a égide do sistema simplificado), também não é menos certo, na esteira de

induvidosa jurisprudência, que essa inexigibilidade não se aplica às pessoas jurídicas que atuam nos segmentos de prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra, na forma do que prescreve o *art. 17, XII, da LC nº 123/06*. Por diversos precedentes nesse sentido, cito o seguinte, do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. APLICABILIDADE. PEDIDO DE REFORMA DE DECISÃO.
> 1. Nos termos do art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123/06, não poderá optar pelo Simples Nacional a empresa que realize cessão ou locação de mão de obra. A empresa cedente de mão de obra que optou pelo Simples Nacional, a despeito da vedação legal, sujeita-se à retenção de 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal ou fatura dos serviços prestados.
> 2. A impetrante, conforme consta da Cláusula Segunda do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Ltda. (fl. 16), tem por finalidade: A sociedade tem por objetivo social da empresa é prestação de serviços de portaria, zeladoria, controladoria de acesso, fiscal de piso, monitoramento eletrônico, limpeza especializada, recepção, terceirização de serviços em geral. Como se verifica, trata-se de empresa cedente de mão-de-obra, que deve se sujeitar à retenção de 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal ou fatura dos serviços prestados nos termos da Lei Complementar nº 123/06 e alterações posteriores.
> 3. Agravo legal provido para dar provimento à apelação da União, reformar a sentença e denegar a segurança, com resolução do mérito, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil (g.n.).
> [AMS 00053010420134036126, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/07/2016].

No mesmo sentido, alinham-se outros precedentes: AMS 00053028620134036126, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/07/2016; AMS 00146528420104036100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/04/2016; AMS 2008.34.00.035136-0, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA: 16/01/2015 PAGINA: 318; AC 00018093820114036105, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/06/2015.

Pois bem. Sucede que, analisando o lançamento que foi levado a cabo no âmbito do presente executivo fiscal, verifica-se, desde logo, que a constituição do débito relativo a *duas das prestadoras de serviços* aqui em causa deu-se ao tempo em que *as mesmas não se encontravam aderidas ao SIMPLES FEDERAL* (Lei nº 9.317/96). No que tange à prestadora SIGN & MAKING SINALIZAÇÃO INSTANTÂNEA LTDA. – EPP informa o ofício da Receita Federal aqui acostado às fls. 343 que essa empresa aderiu à modalidade simplificada de tributação aos *01/01/2006*, havendo informado término dessa opção aos *30/06/2007*. Com relação à empresa SCALLA SERVIÇOS LTDA. – EPP, verifica-se que *nunca* foi optante do SIMPLES FEDERAL, vindo apenas a jungir-se à sistemática do SIMPLES NACIONAL, com opção a partir de *01/07/2007*. Como os fatos imponíveis das obrigações subjacentes ao crédito tributário aqui em epígrafe se firmaram relativamente ao período que medeou entre as competências *01/97* a *12/98*, verifica-se que, ainda que integralmente prevalecente a tese jurídica desposada na inicial dos embargos, ela não seria aplicável – por absoluta extemporaneidade – às prestadoras aqui em testilha, visto que, à época dos fatos geradores respectivos, não se encontravam essas empresas aderidas ao regime especial de tributação. Com estas considerações, nem serão necessários maiores encômios à argumentação para concluir que, com relação a estas duas

empresas, a situação de fato revelada nos autos não corresponde à tese jurídica desenvolvida na inicial dos embargos, motivo suficiente para que, com relação a estas duas contribuintes, em especial, já seja possível aportar na conclusão pela improcedência da pretensão desenhada nos embargos.

COM RELAÇÃO À EMPRESA IRMÃOS LOPES LTDA. – EPP. DESCARACTERIZAÇÃO COMO PRESTADORA DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE EMPRESARIAL ORGANIZADA. LANÇAMENTO. PRECEDENTES.

Naquilo que se relaciona com a prestadora de serviços IRMÃOS LOPES LTDA. – EPP, veja-se que, embora o período da tributação seja compatível com o interregno em que essa empresa esteve adjungida à sistemática do SIMPLES FEDERAL (com opção da contribuinte em *01/01/1997* e término em *30/06/2007*, considerado o lançamento para o interstício que vai de *01/97* a *12/98*), a *razão jurídica* que levou à constituição do débito em face da ora embargante foi *diversa*. Segundo decorre do substancioso levantamento fiscal levado a efeito pela autoridade tributária aqui em questão, o débito foi levantado por solidariedade, uma vez que configurada a prestadora de serviços como empresa cedente de mão-de-obra, sujeita, portanto, à retenção de 11% sobre a nota-fiscal/ fatura, ainda que aderente a regime diferenciado de tributação.

Colhe-se do minucioso esclarecimento prestado pela autoridade fiscal que, no caso específico, verbis (fls. *324 e 361*):

> Os prestadores de serviços: IRMÃOS LOPES LTDA., PAISAGEM COMÉRCIO DE PLANTAS ORNAMENTAIS LTDA., E MOLDECAR PROTÓTIPOS BOTUCATU LTDA., *no período fiscalizado, mantiveram empregados cedidos prestando serviços nas instalações da "CAIO", e negligenciando o disposto no artigo 9º, alínea "f", "in fine" da Lei 9.317 de 05/12/96, apresentaram GRPS só de empregados*, estando então sendo cobradas as contribuições da empresa e seguro de acidentes de trabalho; (g.n.).

Mais adiante, prossegue o parecer da fiscalização, verbis (*fls. 324/325 e 361/362*):

> O débito foi levantado por SOLIDARIEDADE, consoante disposições do artigo 896 parágrafo único do Código Civil Brasileiro e do artigo 124 incisos I e II parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN), combinados com o artigo 31 parágrafos 1º a 4º da Lei 8.212/91 e alterações posteriores, que não comportam benefício de ordem, estando constituído com base nos artigos 20, 22 incisos I e II, alínea "b", 28 inciso I, 30 incisos I e alíneas "a" e "b", 31 parágrafos 2º a 4º, 33 parágrafos 3º e 5º, todos da Lei 8.212 de 24 /07/91, e alterações posteriores.

Esclarecendo-se, por fim, o seguinte (*fls. 326 e 363*):

> *Os serviços prestados à "CAIO" são característicos de "cessão de mão de obra" pois os prestadores colocaram, à disposição da "CAIO", em suas instalações de empregados que realizaram serviços* de limpeza, montagem de moldes, instalação de rede de computadores, transporte de chassis, vigilância, jardinagem, *serralheria em linha de montagem*, pintura de letreiros em ônibus e manutenção asfáltica do pátio da indústria, conforme definição do artigo 31 § 2º da Lei 8.212/91, redação original:
> "Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

§ 1º.....
§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação".
Cumpre salientar que, a Auditoria Fiscal solicitou e reiterou a *apresentação dos documentos tais como contrato de prestação de serviços, Notas Fiscais, Folhas de Pagamentos e Guias de Recolhimento, que não foram apresentados, tanto que a base de lançamento foram as informações contábeis, como informado no relatório de fatos geradores, onde constam as contas contábeis que registraram os fatos geradores.*
Registre-se ainda que, nem na fase de discussão administrativa, foram anexados quaisquer outros documentos que permitissem eventual revisão de ofício do lançamento fiscal. (g.n.)

Pois bem. Em face disso, e considerando as presunções que, de ordinário, adornam todo e qualquer ato administrativo no geral, e o ato de lançamento fiscal, no particular, competia ao interessado, no curso do processo, desfazer a validade de tais razões, pena de ver prevalecer, contra si, os efeitos da presunção juris tantum de veracidade e legitimidade do ato praticado pela autoridade tributária. Nesse sentido, induvidosamente, a orientação da jurisprudência, sendo de se mencionar, por todos os inúmeros precedentes nesse sentido, o seguinte, do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - ANULATÓRIA DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO - RETENÇÃO DE 11% DO VALOR DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ART. 31 DA LEI 8212/91, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9711/98 - RECURSO DO INSS E REMESSA OFICIAL PROVIDOS.
1. 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.* Em assim sendo, *não se pode aceitar a pura e simples argumentação de que determinado ato administrativo encontra-se maculado. Cabe ao administrado produzir provas que prestem de suporte a essa alegação.*
2. O débito refere-se à retenção de 11% sobre nota fiscal ou fatura, relativa a prestação de serviços prestados por cedentes de mão-de-obra à empresa ECB - IMPLEMENTAÇÃO DE NEGÓCIOS LTDA, incorporada pela autora, que deixou de ser efetuada nos meses de janeiro de 2000 a julho de 2002, como se vê do relatório fiscal de fls. 73/75.
3. A Lei 9711/98, ao dar nova redação ao art. 31 da Lei 8212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem modificou sua base de cálculo ou alíquota, mas instituiu uma nova forma de arrecadação, em que atribui à empresa contratante da mão-de-obra a responsabilidade, por substituição, pela retenção dos 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Precedentes do Egrégio STJ.
4. O Egrégio STF já decidiu no sentido de que a nova redação dada pela Lei 9711/98 ao art. 31 da Lei 8212/91 não afronta os princípios insculpidos nos arts. 148, 150, IV e § 7º, 154, IV, e 195, § 4º, da atual CF.
5. Acerca da contratação de serviços de construção civil, estabelece o § 1º do art. 220 do Dec. 3048/99 que não se considera cessão de mão-de-obra a contratação de empresa construtora que assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente. No caso dos autos, na via administrativa, foram excluídos, do lançamento, as empresas que se incluíam nessa hipótese, como se vê de fl. 184.
6. Nenhuma das empresas que prestaram serviço à empresa incorporada pela autora e que foram mantidas no lançamento havia optado pelo SIMPLES (vide fl. 185, item "31.2").

7. Não constam, do lançamento fiscal, empresas que prestam serviços de assessoria e consultoria, bem como foram excluídos do débito, objeto do lançamento, os valores relativos a empresas prestadoras de serviço que estavam desobrigadas da retenção em questão, por força de decisão judicial, como se vê da referida decisão administrativa (fl. 185, item "31").
8. Considerando que a autora *não trouxe, aos autos, elementos capazes de demonstrar a ilegalidade do ato que motivou a constituição do crédito previdenciário, impõe-se a rejeição do pedido de nulidade do ato administrativo*.
9. Os juros de mora devem incidir sobre o valor corrigido do débito e têm como finalidade compensar o credor pelo prazo de inadimplência do devedor, desde a data do vencimento da dívida e até o efetivo pagamento.
10. A taxa de 1% a que se refere o § 1º do art. 161 do CTN se aplica, apenas, ao caso de não haver lei específica dispondo de maneira diversa, o que não ocorre no caso de créditos tributários, em que a Lei 9065/95 determina, expressamente, a cobrança de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC.
11. A imposição de multa moratória decorre de lei e nada mais é do que uma pena pecuniária aplicada em todos os casos de inadimplência do devedor, incidindo sobre o valor principal corrigido.
12. Deve a autora, na qualidade de sucessora da empresa devedora, arcar com o pagamento da multa moratória por não ter a empresa incorporada recolhido a contribuição na época devida, visto que tal verba se inclui na expressão "multa moratória". Precedente do Egrégio STJ (REsp nº 32967 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 20/03/2000, pág. 59).
13. Os encargos de sucumbência são ônus do processo e devem ser suportados pelo vencido. Assim, no caso, deve a autora arcar, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado atribuído à causa.
14. Recurso e remessa oficial providos. Sentença reformada (g.n.).
[APELREEX 00016230620064036100, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 DATA: 14/05/2008].

E essa prova, no caso concreto, passou longe de ser feita. Para além de insistir com os termos tese já desposada na inicial, a embargante não manejou desfazer a solidez da premissa em que se embasou o lançamento aqui questionado, na medida em que não comprovada situação de efetiva prestadora de serviços à embargante, que não possa ser tida por mera empresa cedente de mão-de-obra, a elidir a incidência da norma tributária que dispõe sobre a solidariedade passiva. Deveras, ao que tudo está a indicar, a suposta empresa terceirizada aqui em causa, desempenha atividade típica de serviços de montagem de carrocerias de ônibus diretamente na linha de produção da embargante (cf. informação de *fls. 360*, em nenhum momento contestada pela embargante, a empresa foi classificada no código de lançamento S12 – Serviços de Serralheria na Linha de Montagem), que, em verdade, simplesmente cedia os empregados para desempenho de atividade específica na linha de produção da tomadora, sem emprego de nenhum meio, material ou equipamento de sua propriedade, e, de consequência, sem arcar com as despesas e custos inerentes à atividade respectiva. Neste cenário, evidentemente, não seria razoável havê-la como uma autêntica prestadora de serviços, já que sua atividade se restringe a um *trecho* ou *segmento* particular da *linha de produção da própria tomadora*, sem que tenham sido exibidos, sequer, os termos em que lavrado o contrato de prestação de serviços entre ambas, ou mesmo de qualquer sobrevida independente dessa empresa em relação à tomadora de seus serviços aqui embargante. *É idêntica* a situação do lançamento relativo à *empresa prestadora de serviços de transporte*, em que, por razões absolutamente similares, restou descaracterizado o instituto da prestação

de serviços, conflagrando relação de emprego camuflada[1].

De fato. É unanimidade entre os comercialistas brasileiros que a atividade de empresa encerra uma série de atividades coordenadas dirigidas à consecução do objeto social, e que a falta de qualquer delas, impede o reconhecimento da atividade como empresarial. Nesse sentido, discorrendo sobre o conceito de empresário, alerta o respeitado FÁBIO ULHOA COELHO:

> Empresário é definido na lei como o profissional exercente de "atividade econômica *organizada* para a produção ou circulação de bens ou de serviços" (CC, art. 966). Destacam-se da definição a noção de profissionalismo, atividade econômica *organizada* e produção ou circulação de bens ou serviços. (g.n.)
> [Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa, 19 ed., rev., at., São Paulo: Saraiva, 2007, p.11].

Mais adiante enfatizando a relevância do elemento organização para a caracterização da atividade empresarial, sustenta este festejado comercialista que:

> A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, *os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. Não é empresário* quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores. O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão-de-obra. A tecnologia, ressalte-se, não precisa ser necessariamente de ponta, para que se caracterize a empresarialidade. Exige-se apenas que o empresário se valha dos conhecimentos próprios aos bens ou serviços que pretende oferecer ao mercado – sejam estes sofisticados ou de amplo conhecimento – ao estruturar a organização econômica.
> [*op. cit.*, pp.13-14]

Bem por esta razão é que, se não é possível, por um lado, considerar empresária uma sociedade que não ostente quaisquer empregados, qualquer mínima organização de mão-de-obra, também não há como enquadrar, como empresária do setor de serralheria ou de transporte, uma sociedade que conte, exclusivamente, com quadro de mão-de-obra para suplementação de terceiros, sem qualquer insumo, equipamento ou veículo, que lhe permita – ainda que para um cliente único – desempenhar de forma autônoma, autárquica, o seu objeto social.

Daí porque, tenho que andou bem a orientação administrativa no sentido de se descaracterizar a atividade da contribuinte como empresa terceirizada, autônoma na prestação de serviços específica, a partir da circunstanciada análise de todos os elementos empresariais afetos à ora embargante. Razão pela qual, tenho por correto o lançamento efetuado em face da aqui contribuinte, já que plenamente factível o enquadramento da sua prestadora de serviços como empresa cedente de mão-de-obra, o que ativa a cláusula legal que permite o lançamento em face da ora embargante por solidariedade passiva em relação à obrigação tributária aqui em espécie.

---

1 Colhe-se do procedimento administrativo fiscal juntado aos autos às fls. 319/327 e, novamente, às fls. 356/364, que se operou o lançamento, por solidariedade, em relação à empresa JACITUR TRANSPORTES LTDA. (código de lançamento: S06-serviços de transporte de *chassis*), por descaracterização de prestação autônoma de serviços (fls. 322 e 324-item [6]). Observe-se que, em lide estabelecida entre a ora embargada e a dita prestadora de serviços (JACITUR), coerentemente, aportou-se, em sentença de primeiro grau já proferida neste juízo *(Proc. nº 0003429-36.2013.403.6131),* na mesma conclusão aqui indicada, pela inexistência de prestação de serviços, e, sim, conflagração de relação patronal desvirtuada.

Em sendo assim, o mero fato de as empresas prestadoras de serviços apresentarem Certidões Negativas de Débito em seus respectivos nomes emitidas pela autoridade tributária em nada altera a responsabilidade da embargante, presente o que dispõe a conjugação da norma do *art. 128 do CTN* c.c. o *art. 33 da Lei nº 8.212/91*.

Não prospera o argumento deduzido nesta parte dos embargos.

DOS JUROS E MULTA MORATÓRIA DEVIDOS PELA MASSA. POSSIBILIDADE DA COBRANÇA. EXIGIBILIDADE CONDICIONADA À EXISTÊNCIA DE SALDO NA EXECUÇÃO CONCURSAL. PRECEDENTES DO C. STJ.

Na linha daquilo que venho sustentando em casos congêneres, entendo que sob a égide da atual legislação falimentar, os juros moratórios incidentes sobre os débitos da massa são, sim, devidos, mesmo que posteriores à quebra, ficando a sua exigibilidade, entretanto, condicionada à existência de ativos para o pagamento dos credores subordinados. No caso dos autos, veja-se que os juros moratórios incidem sobre débitos anteriores á decretação da quebra, de sorte que, apenas por isso, já se mostram exigíveis. Colaciono precedente do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> Processo: RESP 200000441031 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 258314
> Relator(a): JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
> Sigla do órgão: STJ
> Órgão julgador: SEGUNDA TURMA
> Fonte: DJ DATA: 06/03/2006 PG: 00270
> Decisão
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.
> Ementa
> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. MULTA MORATÓRIA E JUROS. AFASTAMENTO. SÚMULAS Nº 192 E 565 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA Nº 83/STJ.
> 1. A multa moratória constitui pena administrativa, de modo que não incide no crédito habilitado em falência. (Súmulas nº 192 e 565 do STF)
> 2. A incidência dos juros moratórios, após a decretação da falência, fica condicionada à suficiência do ativo para pagamento do principal.
> 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula nº 83/STJ).
> 4. Recurso especial não-conhecido (g.n.).
> Data da Decisão: 06/12/2005
> Data da Publicação: 06/03/2006

No mesmo sentido, os seguintes precedentes, todos do STJ: RESP 200401631061/RESP - RECURSO ESPECIAL – 702940, Relator(a): NANCY ANDRIGHI, STJ, 3ª T., DJ 12/12/2005, p. 378; RESP 200100228984/RESP - RECURSO ESPECIAL – 306052, Relator(a): FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, STJ, 2ª T., DJ 05/12/2005, p. 263; RESP 200301276264/ RESP - RECURSO ESPECIAL – 572836, Relator(a): ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., DJ 07/11/2005, p. 193.

Dessas considerações decorre ser absolutamente escorreita a posição aqui externada pela

credora fiscal, no que incluiu no crédito constituído em face da executada, os juros de mora anteriores à data da quebra, porque somente em momento posterior do processo falimentar é que será possível afirmar, com certeza, se o ativo do espólio será suficiente para saldar tais encargos, tudo a depender do cotejo entre o produto da arrecadação e o pagamento dos credores em concurso.

Exatamente o mesmo é o panorama com relação à *multa moratória* incidente sobre os fatos imponíveis verificados após a decretação da quebra da contribuinte. *Primeiro* porque o fato imponível da obrigação tributária aqui em espécie *é anterior* à decretação da falência da executada. *Em segundo lugar*, porque, nesses casos, e à semelhança daquilo que ocorre com os juros, vem se entendendo que esta é devida, condicionada a sua exigência à demonstração de que, ao cabo do processo concursal, sobejam ativos para liquidá-la. Nesse sentido: APELREEX 00033958320104058500, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 01/09/2015 - Página: 42.

É improcedente, pois, o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos à execução fiscal, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC.

Sem condenação em honorários, tendo em vista que já integram o débito exequendo (*art. 1º do DL nº 1.025/69*). Sem condenação em custas, tendo em vista a Assistência Judiciária aqui deferida em favor da embargante, bem assim a isenção desses emolumentos nessa fase do procedimento (*arts. 5º e 7º da Lei nº 9.289/96*).

Traslade-se a sentença, por cópias simples, para os autos da execução fiscal em apenso (*Processo nº 0004304-06.2013.403.6131*), certificando-se os efeitos em que recebido eventual recurso, ou, se o caso, o trânsito em julgado.

P.R.I.

Botucatu, 29 de setembro de 2016.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL
0002997-90.2016.4.03.6105

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: WELLINGTON DINIZ PEREIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS - SP
Juíza Federal: VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 22/08/2016

Vistos em sentença.

1- RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos autos da ação penal 0003787-50.2011.403.6105, ofereceu *DENÚNCIA* em desfavor de *WELLINGTON DINIZ PEREIRA, vulgo "Geguerê",* qualificado nos autos, como incurso nas penas dos artigos 334 e 288, c.c. art. 69, todos do Código Penal. No bojo da denúncia também constaram como codenunciados: Pedro Luiz Zanqueta, Odair Aparecido de Souza, Nilton Da Rocha Castro, Kledson Rodrigues Tenorio, Nilva Marcia dos Santos, Anderson Freitas Brito Cirino, Tiago Mendes de Araújo, Thiago Cardoso Rodrigues, Sidney Aparecido dos Santos, Eberjeferson Aparecido dos Santos, Dionny Vitor dos Santos.

Em síntese, narra a denúncia que:

> 1- BREVE SÍNTESE DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA E SÍNTESE DA ACUSAÇÃO
> Em 08 de fevereiro de 2011, o Núcleo de Operações da Delegacia da Polícia Federal em Campinas/SP elaborou a informação nº 095, narrando que a análise criminal conjunta de diversos inquéritos policiais pretéritos versando sobre contrabando de cigarros constatou o envolvimento direto ou indireto de JEFERSON RICARDO RIBEIRO, de MAURO MENDES DE ARAÚJO e de DANIEL DA SILVA, dentre outros, que estariam coordenando a distribuição ilícita de cigarros procedentes do exterior na região de Campinas/SP. Já no início da investigação, era sabido que o principal ponto de distribuição dessas mercadorias é a região anexa ao Terminal Central Viaduto Cury, no centro de Campinas, lugar popularmente conhecido como "Camelódromo do Terminal Cury". (...)
> Com base nas investigações, a Polícia Federal elaborou relatórios de análise policial e relatórios de diligência policial, nos quais apurou, em apertada síntese, que Jefferson Ricardo Ribeiro, Mauro Mendes de Araújo e Daniel da Silva comandam núcleos atacadistas autônomos especializados na distribuição e mercancia, na cidade de Campinas e região, de cigarros provenientes do Paraguai, e atuam como cabeças de organizações criminosas, promovendo, dirigindo, organizando, instigando e executando crimes de *contrabando, quadrilha ou bando e lavagem de capitais*. O grupo dos atacadistas possui fornecimento direto das fontes da fronteira com o Paraguai.
> Outrossim, de notável importância para a consecução da empreitada criminosa, a atuação de diversas pessoas, que conforme o acervo probatório colhido, não agiam de forma eventual e fortuita, muito pelo contrário, compunham uma associação permanente e estável, voltada ao cometimento de crimes. (...)
> 2- CONDUTAS CRIMINOSAS DOS DENUNCIADOS
> I- Núcleo criminoso vinculado a Jeferson Ricardo Ribeiro:
> O acusado JEFERSON RICARDO RIBEIRO é líder de uma das organizações criminosas voltadas à prática do crime de contrabando de cigarros em Campinas e região. Como tal, promoveu, organizou e dirigiu a atividade dos demais membros da organização criminosa nos crimes de quadrilha e contrabando de cigarros.

Quanto aos denunciados WELLINGTON DINIZ PEREIRA (Geguerê) e ODAIR APARECIDO DE SOUZA (Careca), constatou-se, durante as investigações, que ambos eram subordinados ao denunciado JEFERSON e responsáveis pelo carregamento de veículos com cigarros contrabandeados, transporte e comercialização de cigarros contrabandeados.
Exemplificadamente, constata-se, de diálogos ocorridos no dia 12 de junho do corrente ano, conversas telefônicas feitas por JEFERSON em que se pode constatar sua liderança na organização criminosa, bem como a participação de WELLLINGTON e ODAIR. Com efeito, naquele dia, pessoa não identificada liga para JEFERSON, avisando que já estão em determinado local, ao que JEFERSON responde que mandará um "menino" para lá (índice 22059017). Ato contínuo, o denunciado JEFERSON telefona para o denunciado ODAIR (Careca) e dá ordens para que ele (Careca), juntamente com o "Geguerê" (WELLINGTON), vão ao encontro do caminhão carregado com cigarros (índice 22059027).
Em relação ao denunciado ODAIR, conforme o Relatório de Diligência nº 01, além dos áudios de conversas telefônicas interceptadas citadas, foi encontrado, estacionado em frente ao seu endereço residencial, o caminhão Mercedes Benz, placa BYG-2873, bem em frente a casa, que fica em uma esquina. Esse caminhão está em nome de HIDEO YOSHIDA, sogro do acusado JEFERSON RIBEIRO.
Quanto ao acusado NILTON DA ROCHA CASTRO, conhecido por "Bombinha", também restou demonstrada sua participação na organização criminosa liderada por JEFERSON, na medida que é responsável pela comercialização dos cigarros contrabandeados, adquirindo os cigarros de JEFERSON e repassando "no varejo".
Antes da Operação Exaustor, em 26/05/2009, NILTON DA ROCHA CASTRO e Diego Gonçalves Melo foram presos em flagrante pela DIG de Campinas, descarregando cigarros contrabandeados, no "Camelódromo" do Viaduto Cury, da Perua Kombi placa CGM3497, para a banca número 20, tendo sido apreendidos 25.010 maços de cigarros. Naquela ocasião, o denunciado JEFERSON RICARDO RIBEIRO compareceu ao DP afirmando ser o dono da banca e dos cigarros, sendo autuado em flagrante.
Além desse fato, durante as investigações constatou-se que os denunciados JEFERSON e NILTON (Bombinha) negociaram, por diversas vezes, cigarros contrabandeados.
Por fim, quanto ao acusado KLEDSON RODRIGUES TENORIO (Cabrito), constatou-se, durante as investigações, que sua função, na organização criminosa liberada pelo acusado JEFERSON, era a de fornecer e adquirir cigarros contrabandeados na região de Indaiatuba. (...)
Dessa forma, os denunciados JEFERSON RICARDO RIBEIRO, WELLINGTON DINIZ PEREIRA, NILTON DA ROCHA CASTRO, KLEDSON RODRIGUES TENÓRIO e ODAIR APARECIDO DE SOUZA associaram-se de forma estável, em quadrilha, para o fim de cometer crimes de contrabando.
3) WELLINGTON DINIZ PEREIRA, vulgo "Geguerê"
No período de fevereiro a setembro de 2011, o denunciado WELLINGTON DINIZ PEREIRA vendeu, expôs à venda e manteve em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabia ser produto de introdução clandestina no país (cigarros contrabandeados).
Durante as investigações policiais, entre os dias 14 e 19 de março de 2011, foi constatada a prática do crime de contrabando pelo denunciado. No Relatório de Diligência nº 05, verifica-se fotografia do acusado, "carregando" um veículo Zafira com caixas de cigarros contrabandeados. O acusado também foi fotografado, no dia 28 de março de 2011, carregando caixas de cigarros contrabandeados no trajeto entre o camelódromo e o estacionamento "Parada Central" (Relatório de Diligência nº 07) (...).

No curso da investigação foi decretada a prisão temporária do acusado, conforme decisão de fls. 123/146, todavia o mandado não foi cumprido, haja vista a fuga do réu, conforme fls. 256/256-verso.

O Ministério Público Federal postulou, em manifestação de fls. 670/695, dentre outras diligências, pela conversão da medida cautelar acima, em prisão preventiva, o que foi deferido por este juízo, nos termos da decisão de fls. 702/703. A mesma decisão arbitrou fiança no valor de cem (100) salários mínimos.

Às fls. 1086/1109, a defesa do acusado comparece aos autos requerendo a redução da fiança, alegando que ele não possui condições de pagá-la nos termos em que foi fixada.

Após manifestação do órgão ministerial (fls. 1247/1254), este juízo manteve a decisão que decretou a prisão preventiva de Wellington Diniz Pereira, até que fosse recolhida a fiança arbitrada, conforme fls. 1258/1260.

A denúncia ofertada pelo MPF, lastreada em inquérito policial, foi *recebida* em 11 de outubro de 2011 (fls. 1449/1452).

Após inúmeras tentativas frustradas, O réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* foi CITADO COM HORA CERTA (fls. 1977/1978).

Foi determinada a nomeação de defensor dativo para o réu, a fim de atuar em sua defesa, nos termos da decisão de fls. 1981. *A resposta à acusação* foi apresentada às fls. 2004/2005, pelo defensor dativo nomeado. Alegou que enfrentaria o mérito da causa na fase de alegações finais. Não foram arroladas testemunhas de defesa.

Por decisão proferida em 23/07/2014, foi determinado o *prosseguimento do feito*, conforme fls. 2048/2054, tendo sido designada audiência para oitiva de testemunhas comuns, arroladas pelo Ministério Público Federal e demais réus.

A intimação do réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* para comparecer ao ato restou frustrada, conforme certidão de fls. 2144 e nele compareceu apenas o defensor dativo – Dr. Marcos Vinicius Alves da Silva, conforme fls. 2156.

Em 24/04/2015, o Centro de Detenção Provisória de Campinas informou a este juízo que o acusado Wellington Diniz Pereira se encontrava lá detido e requereu a este juízo o envio do mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do réu para fins de cumprimento (fls. 2258). Informou, ainda, que a prisão decorrera de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015 (fls. 2275).

Com a prisão do réu, este foi cientificado sobre o ocorrido nos autos, conforme decisão de fls. 2276, o que foi cumprido conforme certidão de fls. 2290.

Às fls. 2291 o réu informa que possui defensor e que não deseja ser assistido por defensor público. Em razão disso foi determinada a intimação do réu para que esclarecesse se o defensor que peticionou às fls. 1976 comunicando a renúncia ao patrocínio da causa foi substituído por outro defensor, haja vista que o réu está representado nos autos por defensor dativo.

Em resposta às fls. 2317 o réu informa que possui outro defensor. Em contato da secretaria deste juízo com o defensor indicado, este informou que não representava o réu (fls. 2318).

Em consequência, o defensor dativo foi intimado acerca da prisão do réu (fls. 2319).

Às fls. 2321/2322 consta procuração outorgada pelo réu a defensor constituído, o qual fez carga dos autos, conforme termo de fls. 2323. Em decorrência, o defensor dativo foi destituído, nos termos da decisão de fls. 2383.

A fim de garantir maior celeridade processual ao réu preso *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, porquanto nos autos da ação penal 0003787-50.2011.403.6105 ainda restavam cerca de dezoito testemunhas dos demais corréus a serem ouvidas, foi determinado o *desmembramento* do feito para o referido réu, nos termos da decisão de fls. 2417/2418, o que deu origem

a estes autos de nº 0002997-90.2016.403.6105. Pela mesma decisão foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 05 de maio de 2016, às 15h30min, e determinadas outras providências.

Por decisão de fls. 2428, atendendo determinação contida na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, na mesma data acima mencionada foi incluída a realização de audiência de custódia do réu.

Em 05/05/2016, foi realizada a audiência de custódia (mídia em apenso específico – fls. 06) e o interrogatório do réu (mídia de fls. 2453).

Na fase do artigo 402 do CPP, as partes nada requereram.

No período de 16 a 25 de maio de 2016 houve Correição Geral Ordinária neste Juízo, tendo os autos sido requisitados pela Corregedoria do Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região para serem correicionados, sendo que a devolução deles a este juízo ocorreu no dia 25/05/2016, conforme certidão de fls. 2455.

Encerrada a instrução processual, o MPF ofertou *memoriais* às fls. 2459/2475, pugnando pela *CONDENAÇÃO* do réu nos termos da denúncia. Requereu sejam considerados, na aplicação da pena, a grande quantidade de cigarros apreendida, os elevados valores de avaliação das mercadorias e dos montantes de tributos que deixaram de ser arrecadados, o que demonstra a maior gravidade dos crimes, e assim, que suas consequências transcenderam o que de ordinário se observa no cometimento desse delito. Ressalta, ainda, o nível de organização e a apurada logística empreitada pelas quadrilhas, tendo por principal escopo impedir a atuação do aparelho estatal. Por fim, requereu seja considerada, negativamente, a personalidade do acusado, visto que escolheu, como meio de vida, a prática do crime de contrabando.

A defesa constituída do réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA,* por intermédio dos ilustres advogados constituídos, Dr. Paulo Antônio Said e Dr. Gabriel Marques Furquim, ofertou *memoriais* às fls. 2477/2502, pugnando pela sua *ABSOLVIÇÃO* nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do CPP. Alegaram ausência de tipicidade material, ante a aplicação do princípio da adequação social, por ser a conduta em exame "socialmente aceita e tolerada pelas autoridades estatais fiscalizatórias". Subsidiariamente, requereu a fixação da pena no mínimo legal, sob alegação de serem as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado. Alega ser a confissão espontânea do fato principal uma aceitação da responsabilidade penal por parte do réu, atributo especial da personalidade e pugna pela aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, do Código Penal). Requer ainda fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Folha de antecedentes criminais em apenso próprio.

É, no essencial, o relatório.

Vieram-me os autos *CONCLUSOS PARA SENTENÇA*.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre tecer algumas considerações sobre o que se denominou "Operação Exaustor".

Instaurou-se inquérito policial para a apuração de fatos que caracterizariam, em tese, a prática dos crimes de contrabando (artigo 334) e quadrilha (artigo 288), ambos do Código Penal, entre outros delitos. Tal instauração se deu a partir de informações policiais que apuraram a existência de uma organização criminosa instalada na região metropolitana de Campinas-SP, cuja atividade ilícita principal seria a importação e mercancia de expressiva quantidade de ci-

garros de procedência estrangeira.

Consta das apurações que os membros dessa organização criminosa adquiriam cigarros oriundos do Paraguai, de fornecedores não identificados, e, a seguir, distribuíam essa mercadoria no "camelódromo" de Campinas, situado nas imediações do Viaduto Cury, Terminal Central de ônibus.

Houve a formalização de diversos pedidos de ação controlada, afastamentos de sigilos fiscais, bancários, interceptações telefônicas, apreensões de mercadorias, prisões preventivas, e com base nas investigações, a Polícia Federal elaborou inúmeros relatórios de análise policial e de diligências policiais, dos quais constam fotos, conversas, contas bancárias, fornecedores, bens apreendidos, e tantos outros elementos a indicarem a materialidade delitiva e os indícios de autoria relativos a cada um dos denunciados.

As investigações criminais levadas a efeito divisaram a existência de três segmentos de mercancia ilícita de cigarros de origem espúria, liderados pelos investigados-atacadistas *Jeferson Ricardo Ribeiro*, *Mauro Mendes de Araújo* e *Daniel da Silva*.

Embora concorrentes e aparentemente independentes, tais grupos utilizavam a mesma estrutura de mercado informal para desenvolver suas atividades ilícitas, sendo que abaixo de cada um dos atacadistas existia toda uma estrutura de pessoas e logística, para viabilizar a aquisição e distribuição do produto ilícito, sendo divisados e classificados os agentes desse mercado criminoso como sendo: 1) *Atacadistas:* donos das mercadorias, responsáveis por providenciar a sua aquisição e coordenar a logística da Organização; 2) *Gerentes Operacionais:* responsáveis pelo recebimento, guarda, depósito e distribuição local das mercadorias; 3) *Motoristas e carregadores:* responsáveis pelo transporte das mercadorias, geralmente oriunda da região de Foz do Iguaçu/PR ou Guaíra/PR, bem como pela entrega local do estoque armazenado, aos "clientes" da organização; 4) *Varejistas:* responsáveis pelo recebimento fracionado e comercialização pulverizada das mercadorias.

As investigações demonstraram o grande poder econômico e financeiro dessa Organização, que mantinha regular aquisição de cigarros procedentes do Paraguai, com frequência de carga aproximada de uma carreta por semana, para abastecimento e distribuição ilícita na região de Campinas/SP, fato esse demonstrado pelas apreensões de carretas, veículos batedores, veículos de carga (tipo Vans), e grande quantidade de cigarros, que resultaram na lavratura de quatro autos de prisão em flagrante delito e inquéritos policiais autônomos, a saber, IPL 496-2011, IPL 526-2011, IPL 579-2011 e IPL 598/2011 (conforme se infere de fls. 464/542 do anexo do IPL 0202/2011 – volume III – gravado em mídia digital). O auto circunstanciado do volume IV do anexo acima referido, fls. 652/653, descreve minuciosamente essa situação:

> Pelo verificado, praticamente toda semana aporta em nossa região pelo menos uma ou duas cargas de cigarros paraguaios, as quais são preferencialmente descarregadas em cidades vizinhas a Campinas/SP, porém não muito distantes, para não onerar os custos de transporte. Os locais de preferência para estocagem parecem ser as cidades de Indaiatuba, Sumaré, Hortolândia, Monte-Mor e Jaguariúna. A lógica para a escolha dos locais seria porque essas cidades são próximas a Rodovias que chegam a região de Campinas, que é o centro de distribuição. Os depósitos de estocagem da mercadoria são preferencialmente barracões alugados não muito longe das Rodovias de forma a não ser necessário circular com os caminhões por dentro das cidades escolhidas. Uma carreta com um reboque comporta entre 400 a 450 caixas e no caso de um BITREM, ou seja, uma carreta com dois reboques comporta entre 700 a 800 caixas.
> As cargas são enviadas "a prazo", ou seja, para serem pagas nos dias subsequentes ao seu recebimento. Isso faz com que a mercadoria gire rapidamente. Uma carga de 800 caixas não de-

> mora mais que uma semana para ser distribuída aos pequenos atacadistas e varejistas, clientes dos grandes atacadistas investigados. Subsequentemente os fornecedores encaminham números de contas bancárias de terceiros, para que diariamente sejam depositados valores auferidos pela venda da mercadoria. Os atacadistas recolhem de seus clientes quase todos os dias os valores devidos, em espécie ou cheques e, após contabilizarem, depositam o acertado nas contas indicadas. Essa atividade financeira foi explicada em detalhes no Relatório de Análise Policial 008/2011, de 22/06/2011.

O poder econômico dessa organização criminosa também pode ser ilustrado através de um fragmento do relatório de análise policial nº 008/2011 (fl. 420, volume III, do anexo), no que tange à movimentação financeira da atividade ilícita investigada:

> (...) No que se refere a JEFERSON e DANIEL, muitas contas são indicadas pelos fornecedores via mensagem (SMS) e após ambos realizarem os depósitos é comum passarem um fax para o fornecedor, com o comprovante do mesmo. Devido a essa rotina, em poucos dias foi possível conhecermos algumas dessas contas usadas, as quais aparentemente pertencem a "laranjas" indicados pelos fornecedores.

A Organização possuía também grande poder de corrupção. Isso se denota pelo indiciamento de policiais militares envolvidos na prática de contrabando de cigarros, fatos esses apurados no bojo do IPL 9-0496-2011 (vide volume III, fls. 464/483 do anexo), e também pelo relatório de diligência policial 08/2011, fl. 180 dos autos 0004639-74.2011.403.6105, que denota a realização de serviços de segurança por policiais:

> Sobre o possível segurança não identificado, o volume na cintura sugere que o indivíduo possa andar armado, o que reforçaria também a ideia de ser um policial. Repare no boné com o logo da Polícia Militar.
> Nas filmagens é possível perceber e entender o momento em que VALMIR diz que não pode fazer nada, mas que "fulano" poderia porque o cara é da civil. Neste contexto, é possível que VALMIR esteja referindo-se a sua condição de Guarda Civil sem acesso a pesquisas de dados, placas de carros, etc, diferente de um Policial Civil. Portanto, há indícios que levam a crer que a segurança do local também possa ser realizada por policiais.

O relatório de diligência policial 07/2011 (fl. 138 do apenso), e as transcrições de interceptações telefônicas a seguir, corroboram o envolvimento de agentes da Segurança Pública nos fatos:

> Na sequência, indivíduo suspeito de ser segurança no local repreende mendigo, e depois se retira do local à 06:50h no veículo FIAT PALIO placa EKN 3142, que está registrado em nome de VALMIR LOPES, CPF 138.208.178-24. Segundo os bancos de dados disponíveis, há indícios fortes de que VALMIR seja servidor da Prefeitura Municipal de Campinas, talvez servidor da guarda Municipal de Campinas, reforçando a suspeita de envolvimento de elementos da Segurança Pública de Campinas (fl. 138 do apenso).
>
> Índice: 21982871
> Operação: CAS-EXAUSTOR
> Nome do alvo: JEFERSON CLARO
> Fone do Alvo: 1994547651
> Localização do Alvo:

Fone de contato: 19-9314.7050
Localização do Contato:
Data: 02/06/2011
Horário: 16:37:41
Observações: +@@JEFERSON X HNI
Transcrição: JEFERSON diz que quando o CARECA foi embora os "negos" tavam no TALITA...ele tá bravo...JEFERSON pergunta quanto HNI está pagando na mercadoria que recebe 425,00 no TE e no SAN MARINO e 410 no EIGHT...a outra que veio antes foi a mesma coisa...JEFERSON pergunta se HNI não possui um lugar com (para descarregar)...ele divide a mercadoria com HNI...HNI diz que tem um lugar "FILÉ"...JEFERSON diz que recebe a 395 (a caixa)...HNI diz que lá (na cidade) não tem FEDERAL nem nada, só tem CIVIL e ele tá pagando...JEFERSON diz que ele vai manda um BI (TREM) e cada um fica com 400...HNI diz que fechou...pergunta do TE e do SAN MARINO...JEFERSON diz que o TE é 146 e 148 o SAN MARINO...com dólar de lá (PARAGUAI) que tá 1,74...HNI está pegando em FOZ...JEFERSON fala que lá em cima é mais caro...2 centavos mais caro... (fl. 428 do apenso).

Índice: 21885787
Operação: CAS-EXAUSTOR
Nome do alvo: RÁDIO JEFERSON
Fone do Alvo: 11931196
Localização do Alvo: 428-2
Fone de contato: 23326*37
Localização do Contato:
Data: 18/05/2011
Horário: 19:21:51
Observações: +@@JEFERSON X HNI
Transcrição: JEFERSON diz que a PM caiu para dentro...é tudo MILITAR, dos seus...vê se pelo menos tira os carros...vê o que HNI faz, é tudo dos seus...HNI diz que vai ver o que pode fazer... xavecar o cara pelo menos para fazer um acerto...tirar o carro dele...prende a GRANDONA e pende a mercadoria...quer tirar a pequena que está no nome dele... (fl. 668 do apenso).

Índice: 21885787
Operação: CAS-EXAUSTOR
Nome do alvo: RÁDIO JEFERSON
Fone do Alvo: 11931196
Localização do Alvo: 3480-2
Fone de contato: 14*540789
Localização do Contato:
Data: 18/05/2011
Horário: 19:31:45
Observações: +@@JEFERSON X HNI
Transcrição: JEFERSON diz que estava descarregou um BO em Sumaré e a VIATURA do TÁTICO invadiu lá...pergunta se HNI conhece alguém de lá...HNI pergunta se é de SUMARÉ... JEFERSON confirma...HNI diz que tem o RÁDIO do cara mas está no quartel...JEFERSON quer que faça um contato com alguém para ver se alivia para eles... (fl. 668 do apenso).

Índice: 21885897
Operação: CAS-EXAUSTOR
Nome do alvo: RÁDIO JEFERSON
Fone do Alvo: 11931196
Localização do Alvo: 2386-3

Fone de contato: 14*540789
Localização do Contato:
Data: 18/05/2011
Horário: 19:36:13
Observações: +@@HNI X JEFERSON
Transcrição : HNI diz que achou um rádio do polícia do 48 mais está desligado...JEFERSON pergunta se conhece alguém de SUMARÉ...HNI diz que está tentando ligar para LUIS FERNANDO...JEFERSON está preocupado pois vão apreender todos os carros dele de novo (fl. 668 do apenso).

Índice: 21885935
Operação: CAS-EXAUSTOR
Nome do Alvo: RADIO JEFERSON
Fone do Alvo: 119104467
Localização do Alvo: 408-3
Fone de Contato:
Localização do Contato:
Data: 18/05/2011
Horário: 19:41:06
Observações: @ HNI X JEFERSON
Transcrição: HNI diz que não consegue falar com ele (PM)...fala para ligar para o ANDRETA... JEFERSON diz que vai tentar (fl. 669 do apenso).

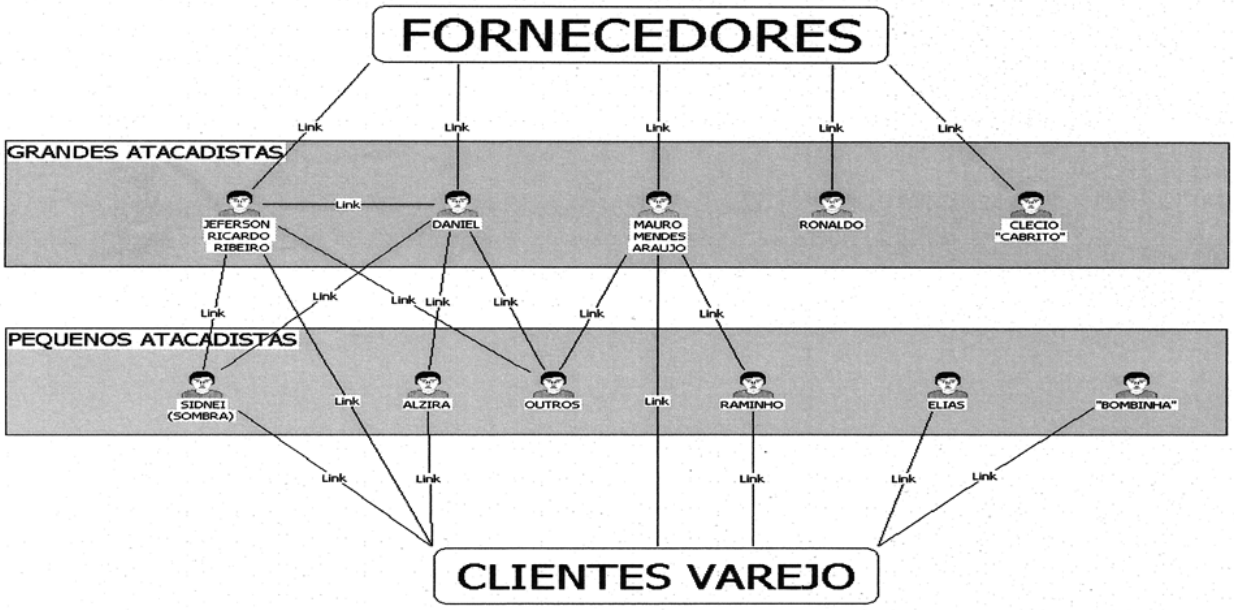
A prisão em flagrante delito de Ronaldo Jorge da Silva, atacadista ligado a Jeferson Ricardo Ribeiro, que, de posse de uma carreta carregada com caixas de cigarros de procedência estrangeira, ofereceu aos policiais a quantia de R$ 16.400,00 (dezesseis mil e quatrocentos reais) para não darem continuidade à ocorrência, denota também o poder corruptivo dos agentes (fls. 496/521, volume III, anexo).

A Organização Criminosa possuía também grande poder de mobilidade, pois, como já ressaltado, os investigados adquiriam cigarros procedentes do Paraguai, todavia, para dificultar o rastreamento de seus passos, essa Organização mantinha contatos fracionados entre si, de modo que o exportador do Paraguai entregava os cigarros a intermediários, e estes os entregava aos adquirentes. Assim é que os atacadistas investigados dirigiam-se às cidades de Foz do Iguaçu/PR e Guaíra/PR e Novo Mundo/MS, com o objetivo de viabilizar a aquisição e distribuição de cigarros em Campinas/SP, tal como documentado e comprovado no relatório de análise policial 08/2011, acostado às fls. 419/439, volume III do anexo. Tais circunstâncias revelam a efetiva capacidade de mobilização da organização criminosa para importação de cigarros do Paraguai.

Além disso, a Organização mantinha em depósito cigarros contrabandeados em vários "boxes" dentro do "camelódromo" em Campinas, que funcionavam como estoque diário de abastecimento dos clientes. Existiam ainda depósitos provisórios para descarregamento das cargas, quando aportavam na região metropolitana de Campinas. Nesses entrepostos, a carga permanecia ali depositada por pouco tempo, e depois era transferida para entrepostos menores, de no máximo 200 caixas cada, para posterior comercialização pulverizada, de modo a minimizar a perda com eventual apreensão decorrente de ação policial (fl. 664, volume IV, apenso do IPL 0202/2011).

Por fim, a organização criminosa possuía um grupo operativo, atuando como verdadeiros agentes de mercado, o que restou demonstrado no auto circunstanciado de fls. 654, volu-

me IV do anexo, em que apresenta-se um mapeamento telegráfico da divisão de trabalho dos membros da organização criminosa em grandes e pequenos atacadistas, na seguinte forma:



Colocadas essas premissas sobre a investigação, denominada "Operação Exaustor", e do funcionamento básico da Organização Criminosa, sem questões preliminares, passo a analisar o mérito da causa.

De acordo com a denúncia, o Ministério Público Federal imputa ao acusado a prática dos crimes previstos nos artigos 334 e 288, c.c. art. 69, todos do Código Penal, a saber:

> *Contrabando ou descaminho*
> Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> § 1º - Incorre na mesma pena quem:
> (...)
> c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;
> d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.
>
> *Quadrilha ou bando*
> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena - reclusão, de um a três anos.

2.1 Do crime de quadrilha ou bando:

O crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o seu cometimento por integrantes da associação.

Para a configuração do delito do artigo 288 do Código Penal, não é necessário que todos os agentes se conheçam, bastando que tenham ciência da existência dos demais, e que tenham o propósito de integrar o bando, de forma estável e permanente, para o cometimento da empreitada criminosa.

Assim, a associação estável e permanente, composta por mais de três pessoas (redação anterior à dada pela Lei 12.850/2013), com o fim de praticar crimes, é suficiente para o exaurimento da conduta referida no tipo penal.

Em razão das peculiaridades do delito, analiso a materialidade e a autoria conjuntamente.

2.1.1 Materialidade e autoria

A materialidade e a autoria delitivas restam comprovadas pelo conjunto probatório, especialmente pelas ações policiais controladas, afastamentos de sigilos fiscais, bancários, interceptações telefônicas, apreensões de mercadorias, prisões preventivas, e relatórios de análise policial e de diligências policiais, dos quais constam fotos, conversas, contas bancárias, fornecedores, bens apreendidos, e tantos outros elementos a indicarem o cometimento do delito.

O *modus operandi* delineado no item 2 acima, demonstra a existência de uma rede intrincada de agentes, com hierarquia e divisão de funções bem estabelecidas, que cooperaram, em unidade de desígnios, para o cometimento dos delitos de contrabando, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, etc, visando, principalmente, o comércio fraudulento de cigarros oriundos do Paraguai.

No topo da pirâmide criminosa, havia agentes que possuíam contatos de fornecimento de mercadorias na região da fronteira com o Paraguai, com condições financeiras suficientes a investir na estocagem, transporte e distribuição dos cigarros, e responsabilidade direta sobre um grupo de pessoas que lhes eram subordinadas, e lhe auxiliavam na operacionalização, transporte, estocagem e comercialização das mercadorias.

Após vários relatórios de diligências policiais, relatórios de inteligência, interceptações telefônicas (autos nº 0004639-74.2011.403.6105), flagrantes de apreensões de cigarros, mandados de busca e apreensão e decretação de prisões, constatou-se que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* compunha um dos núcleos criminosos que distribuíam ilicitamente cigarros contrabandeados do Paraguai na região de Campinas, associando-se de forma estável e permanente a Jeferson Ricardo Ribeiro, Odair Aparecido de Souza, Kledson Rodrigues Tenório e Nilton da Rocha Castro, para o fim de cometer crimes.

Já no início das investigações que desencadearam a chamada "Operação Exaustor" da Polícia Federal de Campinas, mais especificamente na Informação 095/2011 NO/DPF/CAS/SP, datada de 08/02/2011 (fls. 02/24), consta o acusado *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* como integrante de um dos grupos criminosos que atuavam no contrabando de cigarros do Paraguai para a região de Campinas.

Neste sentido, a mencionada Informação especificou, perante a análise de inquéritos e procedimentos investigatórios desde o ano de 2007, a existência de três núcleos criminosos, um deles chefiado por Jeferson Ricardo Ribeiro.

Através das provas carreadas aos autos, verifica-se uma típica divisão de tarefas entre os membros participantes do grupo criminoso comandado por Jeferson Ricardo Ribeiro. Dentro da organização criminosa, *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, o "Geguerê", e Odair Aparecido Ribeiro, o "Careca", eram responsáveis pela distribuição dos produtos em diversas bancas do centro de Campinas, bem como entregas para clientes de outras cidades, os quais geralmente vinham ao "camelódromo" buscar as encomendas. Quando necessário, "Careca" e "Geguerê" se dirigiam até pontos entrepostos para busca de mais mercadorias, com o fim de abastecer diversos "boxes" que o grupo mantinha no "camelódromo", mercadoria esta que serviria de estoque diário.

A realização dessa tarefa pode ser constatada pelas fotos acostadas às fls. 25, 39, 40, 41, 63, 64, 89, 90, 91, 104, 106, 116, 117, 118, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 191, 192, 207, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360 dos autos n. 0004639-74.2011.403.6105.

Ademais, conforme constou da sentença penal condenatória proferida por este juízo, nos autos da ação penal 0014171-72.2011.403.6105, *cujo extrato processual ora determino a juntada*, por ocasião de seu interrogatório, JEFERSON RICARDO RIBEIRO admitiu a apreensão de cigarros em Indaiatuba-SP e nominou alguns dos funcionários que trabalhavam para ele, dentre eles, Odair Aparecido de Souza (o "Careca") e *WELLINGTON DINIZ PEREIRA ("Geguerê")* - fl. 2646.

As seguintes transcrições de diálogos mantidos com Jeferson Ricardo Ribeiro, demonstram que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA (abaixo nominado GERERE e GEGUERÊ)* integrava o núcleo criminoso por ele chefiado. Frise-se que os trechos abaixo são apenas alguns, dos inúmeros constantes dos autos que também fazem prova nesse sentido.

> Índice : 22015043
> Operação : CAS-EXAUSTOR
> Nome do Alvo : JEFERSON CLARO
> Fone do Alvo : 1994547651
> Localização do Alvo :
> Fone de Contato : 19-92706852
> Localização do Contato :
> Data : 08/06/2011
> Horário : 05:56:35
> Observações : @ *GERERE X JEFERSON*
> Transcrição :GERERE diz que ARNALDO quer pegar 06 caixas...pagar duas e pagar 04 amanhã cedo...JEFERSON diz que ele deve um negócio atrás...20...o preço agora é 450... (fl. 678 do apenso).
>
> Índice : 22126729
> Operação : CAS-EXAUSTOR
> Nome do Alvo : HNI 4574
> Fone do Alvo : 1991434574
> Localização do Alvo :
> Fone de Contato : 19-92706852
> Localização do Contato :
> Data : 20/06/2011
> Horário : 19:05:20
> Observações : + @ CARECA X JEFERSON

> Transcrição : HNI diz que o "buraco caiu"...JEFERSON diz que não acredita...não é possível...ainda bem que ele não entrou...*GEGUERÊ está no posto*...aquele primeiro posto vindo de SALTO...JEFERSON manda ele ir embora para casa...só faltava o carro de JEFERSON estar no local...ir na casa dele se o carro de JEFERSON estiver lá é para pegar...

Além dos índices de interceptação telefônica, a participação de *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* na quadrilha, sob o comando de Jeferson Ricardo Ribeiro, foi confirmada, em juízo, pelos depoimentos das testemunhas de acusação, conforme mídia de fls. 2166.

Em seu interrogatório, *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* reconheceu que a acusação é verdadeira, conforme mídia de fls. 2453.

Ante o exposto, comprovada está a autoria do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, recaindo ela sobre o réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*.

2.2 Do crime de contrabando:

O delito previsto no artigo 334, primeira parte, do Código Penal, denominado de contrabando, consiste em uma norma penal em branco, que exige outra complementar, de mesma ou diferente hierarquia jurídica, para definir a relação de mercadorias de importação/exportação proibida, de forma relativa ou absoluta.

É necessário ressaltar, que no contrabando tipifica-se a conduta da internalização e/ou externalização de mercadoria que não poderia vir a ser importada e nem sequer exportada, sem o cumprimento de exigências legais, por revelar inconveniente ao interesse público (saúde, segurança nacional, tranquilidade pública, mercado nacional etc), ou então por ser proibida. No descaminho, no entanto, tipifica-se a conduta de iludir o pagamento dos tributos incidentes na importação e/ou exportação lícita.

No caso do contrabando de cigarros, por tratar-se de mercadoria com proibição relativa de importação ou/e exportação, a complementação é efetuada através das normas de extensão previstas nos artigos 3º do Decreto-lei nº 399/68; 45, 49, §4º, e 51 da Lei nº 9.532/97, bem como dos artigos 6º-A e 12 do Decreto-lei nº 1.593/77.

O bem jurídico protegido, no delito de contrabando de cigarros, abrange tanto o erário, quanto as políticas públicas de proteção à indústria nacional e à saúde pública. Assim, em face da lesão jurídica, na espécie, não restringir-se apenas à evasão fiscal, não há como excluir a tipicidade material tão somente sob esse prisma e aplicar o princípio da insignificância. Nesse sentido confiram-se os precedentes abaixo colacionados:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. MERCADORIAS IMPORTADAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETRO. DÉBITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR A DEZ MIL REAIS. RESP Nº 1.112.748/TO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. NÃO APLICAÇÃO DA PORTARIA MF Nº 75/2012. CIGARROS. TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA. [...] 2. Em recente julgado desta Corte, confirmou-se o entendimento de ser insignificante para a Administração Pública o valor de dez mil reais, trazido no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, como já havia sido decidido pela Terceira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp nº 1.112.748/TO, representativo da controvérsia. 3. Portaria emanada do Poder Executivo não possui força normativa passível de revogar ou modificar lei em sentido estrito. Precedentes. 4. Em relação à importação de cigarros, não se trata apenas da análise do caráter pecuniário do imposto sonegado, mas sim da tutela da saúde pública, sendo rígido o controle de importação. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 309.692/PR , Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior , 6ªT, DJe 27/2/2014, destaquei);

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONTRABANDO DE CIGARRO. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Tratando-se de cigarros importados com elisão de impostos, não há apenas lesão ao erário e à atividade de arrecadação do Estado, mas a outros bens jurídicos, notadamente a saúde pública, sendo inaplicável, portanto, o princípio da insignificância, diante do maior grau de reprovabilidade da conduta. Precedentes do STJ e STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1378063/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

Nesse sentido, em se tratando de crime de contrabando, não se mostra cabível a aplicação do princípio da insignificância à espécie delitiva, conforme os precedentes jurisprudenciais mencionados.

Há que acrescentar que devido as suas peculiaridades, o comércio de cigarros possui um regramento jurídico próprio. O controle governamental é feito no âmbito do produtor e do importador, razão pela qual é exigido um registro especial na ANVISA, para poder comercializar cigarros.

Diante disso, somente podem realizar este comércio as empresas constantes da listagem publicada pelo Ministério da Fazenda.

Esta listagem traz as marcas de cigarros admitidas no país, as quais, para tanto, devem ter um selo de controle, conforme preconiza a Instrução Normativa RFB nº 770, de 21 de agosto de 2007.

Assim, a importação de cigarros realizada por pessoa física ou jurídica que não esteja na listagem divulgada pela Receita Federal, bem como cujo objeto material seja marca não admitida no país, caracteriza a existência do delito de contrabando, conforme se depreende dos fatos abaixo descritos.

2.2.1 Materialidade

Afora o quanto já exposto acima, sobre o funcionamento da organização criminosa, formada para praticar, dentre outros, crimes de contrabando de cigarros, especificamente no caso da materialidade do delito imputado ao réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA,* o qual se resume a vender, expor à venda e manter em depósito, em um *box* de propriedade de Jeferson Ricardo Ribeiro, no "Camelódromo" do Terminal Cury, no período de fevereiro a setembro de 2011, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabia ser produto de introdução clandestina no país (fl. 1369), as imagens acostadas às fls. 25, 39, 40, 41, 63, 64, 89, 90, 91, 104, 106, 116, 117, 118, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 191, 192, 207, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360 dos autos nº 0004639-74.2011.403.610, bem como os relatórios de diligência policial nº 04/2011 (fls. 31/52); 06/2011 (fls. 95/108); 08/2011 (fls. 161/211); 09/2011 (fls. 212/215) e 18/2011 (fls. 348/364 dos autos 4639-74.2011.403.6105), comprovam a materialidade delitiva.

O relatório de diligência nº 05/2011, por sua vez, mostra fotografia do acusado "carregando" um veículo Zafira com caixas de cigarros contrabandeados. O acusado também foi fotografado, no dia 28 de março de 2011, carregando caixas de cigarros contrabandeados no trajeto entre o camelódromo e o estacionamento "Parada Central" (Relatório de Diligência nº 07/2011). No relatório de diligências nº 14, também constam fotografias em que o denunciado, juntamente com Odair Aparecido de Souza, descarrega caixas de cigarros de origem paraguaia, no dia 14 de abril de 2011.

Os cigarros apreendidos nos autos principais (de onde estes foram desmembrados) são da marca San Marino, TE, Eight, Rodeo, etc, de origem Paraguaia, que, de acordo com o disposto no art. 20 da Resolução RDC nº 90/07, da ANVISA, e respectiva relação de marcas de cigarros, não podem ser comercializadas no país.

Dos autos não consta nenhum documento comprobatório da regular importação dessas mercadorias. Pelo contrário, os autos de infração, apreensão e guarda fiscal de fls. 1828/1902, lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil, com diversas penas de perdimento aplicadas, denotam a origem ilícita das mercadorias apreendidas no bojo da denominada "Operação Exaustor".

Comprovada está, pois, a *materialidade* do delito previsto no artigo 334 do Código Penal.

2.2.2 Autoria

Já no início das investigações que desencadearam a chamada "Operação Exaustor" da Polícia Federal de Campinas, mais especificamente na Informação 095/2011 NO/DPF/CAS/SP, datada de 08/02/2011 (fls. 02/24), consta o acusado *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* como suspeito de integrar um dos grupos criminosos que atuavam no contrabando de cigarros do Paraguai para a região de Campinas.

Neste sentido, a mencionada Informação especificou, perante a análise de inquéritos e procedimentos investigatórios desde o ano de 2007, a existência de três núcleos criminosos, um deles chefiado por Jeferson Ricardo Ribeiro.

Após vários relatórios de diligências policiais, relatórios de inteligência, interceptações telefônicas (autos nº 0004639-74.2011.403.6105), flagrantes de apreensões de cigarros, mandados de busca e apreensão e decretação de prisões, constatou-se que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* compunha um dos núcleos criminosos que distribuíam ilicitamente cigarros contrabandeados do Paraguai na região de Campinas, associando-se de forma estável e permanente a Jeferson Ricardo Ribeiro, Odair Aparecido de Souza, Kledson Rodrigues Tenório e Nilton da Rocha Castro, para o fim de cometer crimes.

As transcrições de diálogos mantidos com Jeferson, chefe do núcleo criminoso, transcritas no item 2.1 acima, demonstram que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* integrava o referido núcleo.

Dentro da organização criminosa, *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, o "Geguerê", e Odair Aparecido de Souza, o "Careca", eram responsáveis pela distribuição dos produtos em diversas bancas do centro de Campinas, bem como entregas para clientes de outras cidades, os quais geralmente vinham ao "camelódromo" buscar as encomendas. Quando necessário, "Careca" e "Geguerê" se dirigiam até pontos entrepostos para busca de mais mercadorias, com o fim de abastecer diversos "boxes" que o grupo mantinha no "camelódromo", mercadoria esta que serviria de estoque diário.

Ao longo das investigações criminais, verificou-se a presença atuante *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* no Terminal Central Viaduto Cury, atuando nos carregamentos e descarregamentos de cigarros e no transporte de caixas de cigarros de origem estrangeira, conforme pode ser aferido pelas fotos acostadas às páginas acima mencionadas (item 2.2.1).

Além dos índices de interceptação telefônica, a participação de *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* no delito de contrabando, sob o comando de Jeferson Ricardo Ribeiro, foi confirmada, em juízo, pelos depoimentos das testemunhas de acusação, conforme mídia de fls. 2166.

Em seu interrogatório, o réu reconheceu que a acusação é verdadeira. Vejamos:

> A acusação é verdadeira sim. Eu estava praticando crime de contrabando, mas a minha função era só a de entregar as caixas. Essa era a parte que eu fazia. Eu conheci o Jeferson no Centro da cidade. Ele era meu patrão. Ele tinha uma banca lá e ficava vendendo. Ele era camelô. Eu ganhava R$ 100,00 por dia. Eu pegava as caixas no Centro, no Viaduto Cury, e entregava em outros lugares, dez caixas em um lugar, dez em outro. Quem me fornecia as caixas era o Jeferson mesmo. As caixas ficavam guardadas dentro das bancas. As pessoas para quem eu levava as caixas eram clientes dele. Eu fazia pelo menos três viagens por dia, de manhã. Às vezes eu ficava o dia inteiro lá, mas era mais na parte da manhã. Eu trabalhei com ele mais ou menos cinco meses. Não sei quem fornecia os cigarros para o Jeferson. Não sei se as pessoas para quem eu entregava os cigarros iriam revendê-los ou consumi-los. Conheço Odair Aparecido de Souza, o Careca. Eu o ajudava a fazer esse serviço de entrega. Ele também era funcionário do Jeferson. Conheci Odair lá no Centro mesmo. Quando eu comecei a fazer esse serviço Odair já o fazia. Meu apelido era Geguerê sim. (...) Os cigarros ficavam expostos nas bancas. (...) A Zafira eu usava para carregar e entregar. Ela era do Jeferson (mídia de fls. 2453).

Por fim, anoto que este Juízo teve a oportunidade de processar e julgar outro feito relacionado à "Operação Exaustor" (0014171-72.2011.403.6105) - *extrato processual anexo, com a íntegra da sentença* - onde consta que, por ocasião de seu interrogatório, Jeferson Ricardo Ribeiro admitiu a apreensão de cigarros em Indaiatuba-SP (Auto de apreensão e guarda fiscal de fls. 1867/1870) e declarou que possuía funcionários que trabalhavam para ele, dentre eles, Odair Aparecido de Souza ("Careca") e *WELLINGTON DINIZ PEREIRA (Geguerê)*.

Ante o exposto, comprovada está a autoria do delito previsto no artigo 334 do Código Penal, recaindo ela sobre o réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*.

3. Dosimetria da pena

Passo à dosimetria das penas.

3.1 Do crime de formação de quadrilha

Na primeira fase de aplicação da pena, no tocante às circunstâncias judiciais, examinando a culpabilidade considerada como juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que sua intensidade transcendeu a normalidade, haja vista a constante dedicação do réu às atividades comerciais ilícitas da quadrilha, conforme demonstram as investigações policiais (fotos e interceptações telefônicas), fazendo disso seu meio de vida.

Os motivos do crime não foram abordados, mas a conduta social do réu é desabonadora, porquanto voltada a esquivar-se de suas obrigações perante a sociedade. De fato, desde a decretação de sua prisão, em 15/08/2011 (fls. 123/146), o réu ficou foragido por quase quatro anos (fl. 256/256v°), vindo a ser preso em decorrência de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015, por crime de contrabando de cigarros, apurado nos autos do processo 0006098-72.2015.403.6105 (fls. 2275).

A personalidade é voltada à prática de crimes, pois, conforme se infere da certidão de fls. 13/28 do apenso de antecedentes criminais, o réu possui condenação transitada em julgado, por delito de contrabando, praticado em 08/08/2010. Nada a comentar sobre comportamento da vítima, que não teve influência na prática dos delitos. Em relação aos antecedentes, embora constem inquéritos e processos penais em seu nome, não há condenação com trânsito em julgado em nenhum deles, incabível sua aplicação como circunstância desfavorável.

Quanto às consequências delitivas, excederam as consideradas normais para o tipo. A associação em quadrilha resultou na prática de delitos de contrabando de milhares de maços

de cigarros que representam elevado perigo à saúde pública, assim como alto prejuízo ao Fisco Nacional que, no presente caso, deixou de arrecadar mais de um milhão de reais em tributos federais (fls. 1828/1902).

Além disso, as circunstâncias delitivas transcenderam os padrões normais para a espécie, pois houve articulação de várias pessoas, utilização de variados números de telefone a fim de eliminar os indícios do crime, bem como mobilização de veículos e locais diversos de depósito, todos envolvidos nas operações da quadrilha.

Assim, nesta primeira etapa, em razão dos elementos desfavoráveis ao réu, acima elencados (culpabilidade, conduta social, personalidade, consequências e circunstâncias) fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Na *segunda fase de aplicação da pena*, verifico que o réu confessou o delito em seu interrogatório (mídia de fl. 2453), fornecendo ao juízo detalhes da ação criminosa que ajudaram a esclarecer o seu contexto fático, atribuindo aos demais réus a tarefa que cada um efetivamente desempenhou.

A confissão espontânea, frise-se, traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca.

Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão.

Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal.

Nos termos do enunciado 545 da Súmula do STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará *jus* à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal".

Dessa forma, diminuo a pena base para *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão*, a qual, na ausência de circunstâncias agravantes, causas de diminuição e de aumento, torno definitiva.

3.2 - Do crime de contrabando

Na primeira fase de aplicação da pena, no tocante às circunstâncias judiciais, examinando a culpabilidade considerada como juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que sua intensidade transcendeu a normalidade, haja vista a dedicação diária às atividades ilícitas de contrabando de cigarros, conforme demonstram as investigações policiais (fotos e interceptações telefônicas), fazendo disso seu meio de vida.

Os motivos do crime não foram abordados, mas a conduta social do réu é desabonadora, porquanto voltada a esquivar-se de suas obrigações perante a sociedade. De fato, desde a decretação de sua prisão, em 15/08/2011 (fls. 123/146), o réu ficou foragido por quase quatro anos (fl. 256/256v°), vindo a ser preso em decorrência de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015, por crime de contrabando de cigarros, apurado nos autos do processo 0006098-72.2015.403.6105 (fls. 2275).

A personalidade é voltada à prática de crimes, pois, conforme se infere da certidão de fls. 13/28 do apenso de antecedentes criminais, o réu possui condenação transitada em julgado, por delito de contrabando, praticado em 08/08/2010. Nada a comentar sobre comportamento da vítima, que não teve influência na prática dos delitos. Em relação aos antecedentes, embora constem inquéritos e processos penais em seu nome, não há condenação com trânsito em jul-

gado em nenhum deles, incabível sua aplicação como circunstância desfavorável.

Quanto às consequências delitivas, excederam as consideradas normais para o tipo. O contrabando de milhares de maços de cigarros representam elevado perigo à saúde pública, assim como alto prejuízo ao Fisco Nacional que, no presente caso, deixou de arrecadar mais de um milhão de reais em tributos federais (fls. 1828/1902).

Além disso, as circunstâncias delitivas transcenderam os padrões normais para a espécie, pois houve articulação de várias pessoas, utilização de variados números de telefone a fim de eliminar os indícios do crime, bem como mobilização de veículos e locais diversos de depósito, todos envolvidos nas operações da quadrilha.

Assim, nesta primeira etapa, em razão dos elementos desfavoráveis ao réu, acima elencados (culpabilidade, conduta social, personalidade, consequências e circunstâncias) fixo a pena-base em 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na *segunda fase de aplicação da pena*, verifico que o réu confessou o delito em seu interrogatório (mídia de fl. 2453), fornecendo ao juízo detalhes da ação criminosa que ajudaram a esclarecer o seu contexto fático, atribuindo aos demais réus a tarefa que cada um efetivamente desempenhou. Diminuo, assim, a pena, para *02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão,* a qual, na ausência de circunstâncias agravantes, causas de diminuição e de aumento, torno definitiva.

3.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal, aos crimes de associação criminosa e contrabando

O delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consuma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que os agentes se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta em *04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão*.

3.4 *Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*

Apesar da quantidade da pena imposta autorizar, em tese, o cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, as circunstâncias delitivas acima mencionadas recomendam a fixação do *REGIME FECHADO*, nos termos do que preconiza o artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, do Estatuto Repressor. Deixo de aplicar o regramento estabelecido no artigo 387, § 2º, do CPP, pois incompatível com a fixação de regime nos moldes acima justificados.

3.5 Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade, mostra-se inaplicável a sua substituição por pena restritiva de direitos.

3.6 Custas Processuais

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 804 do CPP.

4. Dispositivo

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE* a pretensão punitiva estatal para:

1 - CONDENAR WELLINGTON DINIZ PEREIRA, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 288 e do artigo 334, § 1º, alíneas "c" e "d", na forma do artigo 69, todos do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão,* a ser cumprida inicialmente em *REGIME FECHADO.*

Em cumprimento ao artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, mantenho a prisão preventiva decretada em desfavor do réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* (fls. 702/703), assim como a exigência de fiança no importe de 100 salários mínimos, pelos seguintes fundamentos.

A prisão preventiva do réu foi decretada às fls. 702/703, considerando a sua fuga à execução da prisão temporária. Desde a decretação de sua prisão, em 15/08/2011 (fls. 123/146), o réu ficou foragido por quase quatro anos (fl. 256/256vº), vindo a ser preso em decorrência de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015, por crime de contrabando de cigarros, apurado nos autos do processo 0006098-72.2015.403.6105 (fls. 2275). Não tendo o réu, até a presente data, recolhido a fiança, não há garantias de que não virá, futuramente, a furtar-se ao cumprimento de suas obrigações, frustrando a aplicação da lei penal.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais.

Não há valor mínimo para reparação de danos à vítima, consagrado no artigo 387, inciso IV, do CPP.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, proceda-se às providências necessárias para a formação do processo de Execução Penal e comunique-se a condenação ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo para os fins do artigo 15, inciso III, da Magna Carta. Oficie-se ainda ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais, e remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Campinas, 19 de agosto 2016.

Juíza Federal VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

MANDADO DE SEGURANÇA
0006385-53.2016.4.03.6120

Impetrante: MARCELO TADEU DOS SANTOS
Impetrados: DIRETOR DA POLÍCIA FEDERAL SECCIONAL DE ARARAQUARA/SP E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO SECRETARIA 06/10/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcelo Tadeu dos Santos contra ato do Delegado da Polícia Federal em Araraquara no qual se pede que e a autoridade coatora seja obrigada a homologar e registrar certificado de curso de formação de vigilante, com data retroativa dentro do prazo máximo exigido por lei para tanto, qual seja, 13/07/2016, e proceda à imediata expedição do certificado e sua entrega, devidamente homologado.

Em resumo, o impetrante narra que entre 09/05/2016 e 13/05/2016 realizou curso de reciclagem no MESP – Centro de Aperfeiçoamento e Formação de Vigilantes e obteve da instituição declaração de conclusão com prazo de 60 dias de validade e informação de que o certificado seria encaminhado à polícia federal responsável pelo registro e homologação cujo prazo final foi em 13/07/2016. Em 22/06/2016 recebeu convocação de entrega de certificado pela empresa empregadora, porém, a autoridade negou a homologação do certificado do curso sob o argumento de que possui processo criminal contra si instaurado (nº 0003866-57.2014.726.0347).

Defende, porém, que não há condenação com trânsito em julgado havendo clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Além disso, informa que foi demitido de uma das empresas para as quais prestava serviços ante a ausência do certificado homologado.

A autoridade coatora prestou informações defendendo a legalidade do ato cujo fundamento foi a Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF e juntou certidão de citação em cartório da ação penal nº 0003866-57.2014.8.26.0347 (fls. 31/33).

A União se deu por ciente (fl. 35).

O MPF opinou pela concessão da segurança ressalvando que o porte de arma e afins deve passar novamente pelo escrutínio da autoridade policial (fls. 40/42).

Vieram os autos conclusos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A questão controvertida neste mandado de segurança é a seguinte: a existência de ação penal em curso é óbice à homologação e registro de certificado em curso de reciclagem de vigilante?

De minha parte a resposta é: depende.

Como bem colocado pelo Ministério Público Federal, a solução para esse problema passa pela ponderação de dois valores em jogo: de um lado, a segurança pública (direito coletivo) e de outro o princípio da presunção de inocência (direito individual). E conforme demonstrado no parecer do MPF, nota-se uma tendência da jurisprudência atual dos tribunais superiores em prestigiar o princípio da presunção de inocência, de modo a afastar a existência de ações

penais em curso do rol de óbices à homologação e registro de certificado de reciclagem de vigilante.

Contudo, sempre presente o respeito a quem entende de forma diversa, penso que o tema debatido neste mandado de segurança não comporta uma solução padrão aplicável à generalidade dos casos, baseada apenas na ponderação em abstrato do princípio da presunção de inocência. Ao contrário, este é daqueles dilemas em que as peculiaridades do caso concreto possuem especial peso para o encaminhamento da solução. Resumindo em dois exemplos rasteiros uma ideia que será desenvolvida nos parágrafos que seguem, não é razoável obstar o registro do curso de reciclagem de vigilante porque o candidato responde a uma ação penal na qual é acusado do delito de apropriação indébita previdenciária (168-A do CP), assim como é temeroso conceder esse registro para um indivíduo que é réu em ação penal pelo crime de homicídio. Visto de longe, a situação dos candidatos é idêntica (ambos são tecnicamente primários), mas quando a análise se faz pelas lentes do caso concreto, quanta diferença...

Os requisitos para o exercício da profissão de vigilante estão previstos no art. 16 da Lei 7.102/2004, rol que inclui a exigência de "VI – não ter antecedentes criminais registrados". No plano infralegal, essa norma é regulamentada pelo art. 155 da Portaria 3.233/2012 do Departamento de Polícia Federal. No que interessa à matéria colocada em discussão, o art. 109 da referida portaria estabelece que o vigilante deve demonstrar "VI - ter idoneidade comprovada mediante a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais, sem registros indiciamento em inquérito policial, de estar sendo processado criminalmente ou ter sido condenado em processo criminal de onde reside, bem como do local em que realizado o curso de formação, reciclagem ou extensão: da Justiça Federal; da Justiça Estadual ou do Distrito Federal; da Justiça Militar Federal; da Justiça Militar Estadual ou do Distrito Federal e da Justiça Eleitoral;".

Está claro que a Portaria 3.233/2012 conferiu uma interpretação à exigência legal de ausência de antecedentes criminais registrados bastante ampliativa, fugindo um pouco do conceito técnico-penal de ausência de antecedentes, que leva em consideração apenas os registros decorrentes de condenações criminais transitada em julgado; — essa ideia está sintetizada na súmula nº 444 do STJ: *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.* Resta saber se nesse ponto a norma regulamentar cumpriu bem sua função de orientar o agente público no desempenho das atribuições que lhe são afetas ou ultrapassou os limites de sua função, instituindo restrição onde não podia.

Em minha avaliação, a portaria está em sintonia com o propósito da lei que fixa os requisitos para o exercício da atividade de vigilante e cujo alcance deve ser definido de acordo com as peculiaridades dessa profissão. Entre outros atributos, do profissional da área de vigilância exige-se um temperamento equilibrado, dotado de refinado autocontrole e apurado senso de avaliação, capaz de responder de forma adequada a situações de tensão, especialmente para tomar decisões sobre o se, quando e em que medida deve fazer o uso da força. Por aí se vê que a atribuição de proteger vidas e patrimônio não pode ser confiada a qualquer um, ainda mais se no desempenho dessa missão o profissional trabalhar armado; — e o artigo 19 da Lei 7.102/2004 assegura ao vigilante o porte de arma, quando em serviço.

Nessa ordem de ideias, parece-me razoável obstar o registro do Certificado de Reciclagem nos casos em que o interessado é réu em ação penal em curso, ainda que não julgada de forma definitiva. Não se trata de neutralizar os efeitos do princípio da presunção de inocência, muito menos de antecipar os efeitos de eventual condenação (que pode nem ocorrer), mas sim de diminuir o escopo de atuação dessa garantia em casos em que o interesse da coletividade

se sobrepõe ao interesse individual. Aliás, essa é uma distinção importante que deve ser feita quanto à amplitude do princípio da não culpabilidade. No âmbito da ação penal, os antecedentes são valorados apenas na dosimetria da pena — não se decide se o réu deve ser condenado ou absolvido com base em sua ficha corrida, senão pela prova contida nos autos — repercutindo intensamente no plano individual do réu e de forma muito branda no interesse da coletividade. Porém, quando se trata de analisar as informações sobre a vida pregressa do indivíduo com o objetivo de analisar sua adequação para o exercício de atividade que envolve o emprego de força e até mesmo o porte de arma de fogo, o sinal se inverte, de modo que o interesse da coletividade se revela bem mais saliente que o do indivíduo.

Mudando o que deve ser mudado, a ponderação que deve ser feita no registro do curso de vigilante é semelhante àquela realizada na prisão em flagrante. A quantidade, a natureza e até mesmo a antiguidade de registros criminais anteriores, ainda que relacionados a procedimentos em curso, pode ser determinante para a soltura ou a manutenção da prisão do flagrado, ou mesmo para calibrar as medidas cautelares substitutivas da prisão aplicáveis ao caso concreto. Ou seja, tanto para orientar o destino do preso em flagrante como para o registro do curso de reciclagem de vigilante, o conteúdo da ficha criminal do interessado pode refletir um padrão de segurança; pode também ser uma advertência.

Não obstante considerar legítima a regra segundo a qual procedimentos criminais em curso podem servir de justificativas idôneas para indeferir o registro do curso de reciclagem pela autoridade policial federal, ou seja, que nesse ponto a Portaria 3.233/2012 do Departamento de Polícia Federal não exorbitou da competência regulamentar, a validade da norma exige bom senso da autoridade que a aplicará; — daí o "depende" na resposta que conferi à pergunta que abre a fundamentação. Como o objetivo da regra ora em discussão é impedir o acesso à atividade de vigilante por indivíduos cuja vida pregressa sinalize para a incompatibilidade com os atributos exigidos para o cargo, deve se reconhecer que nem todo registro criminal servirá de óbice à homologação do curso de reciclagem, mas apenas aqueles que denotem incompatibilidade com a profissão de vigilante. É o caso, por exemplo, dos antecedentes que sinalizam para a prática de crimes envolvendo violência ou ameaça, que pela natureza costumam ser cometidos por indivíduos com baixo autocontrole, tendentes a comportamentos agressivos e que, por conta desses indicativos, não demonstram confiança para que se lhes ponha uma arma nas mãos com o objetivo de proteger vidas e patrimônios. Por outro lado, não é razoável que o réu em ação penal que focaliza crime tributário desperte, por isso, preocupação quanto a sua compatibilidade para o exercício da atividade de vigilante. Percebe-se, portanto, que o alcance da norma dependerá das peculiaridades do caso concreto, tomando-se por base o princípio da proporcionalidade e mirando a finalidade perseguida pelo legislador quanto às restrições para o exercício da atividade de vigilante.

Cumpre observar que essa ponderação está implicitamente autorizada pela Portaria 3.233/2012 do Departamento de Polícia Federal, uma vez que ela própria identifica hipóteses em que a existência de registros criminais não acarretará a recusa ao registro do curso. Essas exceções constam no § 4º do art. 155, que estabelece que "Não constituem obstáculo ao registro profissional e ao exercício da profissão de vigilante: I — o indiciamento ou processo criminal por crime culposo; II — a condenação criminal quando obtida a reabilitação criminal fixada em sentença; III — a condenação criminal quando decorrido período superior a cinco anos contados da data de cumprimento ou extinção da pena; e IV — a instauração de termo circunstanciado, a ocorrência de transação penal, assim como a suspensão condicional do processo".

Sem olvidar que não é essa a corrente que prevalece na jurisprudência do STJ e do STF,

transcrevo precedentes que vão ao encontro da ideia defendida nesta decisão:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. VIGILANTE. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE RECICLAGEM. AÇÃO PENAL EM CURSO. DELITO INCOMPATÍVEL COM A CONFIABILIDADE NECESSÁRIA AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. Nos termos do artigo 32, § 8º, do Decreto nº 89.056/83, o profissional de vigilância, para o desempenho das atividades de segurança pessoal privada e escolta armada, deverá frequentar cursos de reciclagem, com aproveitamento, a cada período de dois anos. 2. O apelado teve obstada sua participação no referido curso por estar respondendo à ação penal em razão da prática do delito previsto no artigo 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento. 3. Diante das especificidades do caso, tem pertinência tal impedimento, pois é um verdadeiro contrassenso que alguém persista no emprego de vigilante quando está sendo investigado pela prática de crime previsto no Estatuto do Desarmamento (portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar) com caráter inafiançável. 4. A nota distintiva do vigia (ou vigilante) patrimonial é a confiabilidade da pessoa que deve exercer a tarefa de vigiar o patrimônio alheio; se esse alguém é acusado formalmente de investir contra as leis penais, por enquanto esvazia-se a confiabilidade e isso deve ser o suficiente para impedir a reciclagem, não sendo lícito supor que a Constituição assegure uma imunização completa de toda e qualquer pessoa em face das condutas antissociais que perpetra na vida. 5. É certo que a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afastam a consideração de processos e inquéritos em andamento para fins de juízo de maus antecedentes, mas essa compreensão deve se limitar ao cenário da Jurisdição Criminal, isto é, na 1ª fase da dosimetria da pena não se levam em conta aqueles feitos ainda inconclusos para o fim de exasperar a reprimenda. 6. Não há que se falar em direito líquido e certo a persistir na função de vigilante patrimonial em benefício de quem responde a processo, mesmo que não esteja ainda condenado por essa conduta. 7. Apelação e remessa oficial providas. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AMS 0009966-10.2014.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johonsom Di Salvo, j. 19/05/2016).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. VIGILANTE. HOMOLOGAÇÃO DE CERTIFICADO DE CURSO DE RECICLAGEM. AÇÃO PENAL EM CURSO. 1- Considerando que há relação entre a conduta criminosa imputada ao autor (dirigir sob efeito de bebida alcoólica) e a possibilidade de portar arma de fogo no exercício da profissão de vigilante e que se trata de mandado de segurança, não havendo, portanto, condições de aferir se, no caso concreto, realmente não havia risco da conduta do autor nem a relação direta com o exercício do cargo de vigilante; prudente manter a decisão administrativa que indeferiu a homologação do certificado de conclusão do curso de reciclagem de vigilante ao autor, ao menos até que a punibilidade da ação penal tenha sido extinta. 2- Reforma da sentença. (TRF4, APELREEX 5004223-60.2014.404.7116, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 10/11/2015).

Descendo para a hipótese dos autos, verifico que o impetrante responde a ação penal na qual lhe é imputada a prática dos delitos previstos no art. 129 § 9º do Código Penal, art. 21 *caput* do Decreto-lei 3.688/1941 e 147 do CP por duas vezes, todos combinados com o art. 7º *caput* da Lei 11.340/2006. Trocando em miúdos, o réu é acusado da prática dos crimes de lesão corporal e ameaça, bem como da contravenção de vias de fato, delitos que teriam sido cometidos, em tese, no contexto de violência doméstica contra mulher. E na linha da diretriz há pouco esboçada, a circunstância de o impetrante responder a ação penal que tem como pano de fundo

infrações penais praticadas por meio de violência e ameaça contraindica a homologação do certificado do curso de reciclagem para vigilante.

Tudo somado, o pedido deve ser rejeitado, mantendo-se a decisão administrativa que indeferiu a homologação do curso de reciclagem de vigilante.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Sem honorários advocatícios conforme o disposto no artigo 25, Lei 12.016/09.

Sem custas, uma vez que o impetrante é beneficiário da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Araraquara, 26 de setembro de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

MANDADO DE SEGURANÇA
0006641-96.2016.4.03.6119

Impetrante: POLENGHI INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA.
Impetrados: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS-SP E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

Trata-se de mandado de segurança impetrado por POLENGHI INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA em face do INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SÃO PAULO, SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DA 8ª REGIÃO FISCAL, CHEFE DA UNIDADE DE VIGILÂNCIA AGROPECUÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS ou a autoridade que lhe faça as vezes, vinculado à SUPERINTENDÊNCIA FEDERAL DE AGRICULTURA NO ESTADO DE SÃO PAULO, na qual postula, em pedido de liminar, seja determinado à Receita Federal que se abstenha de aplicar qualquer tipo de sanção decorrente do armazenamento das mercadorias objeto da Licença de Importação nº 15/0946603-1 e HAWB 724 4642 6262 20003163, conforme estabelecido pelo MAPA, notadamente quanto à sanção relativa à suspensão da habilitação de exercício no comércio exterior. Requer, ao final, a concessão da ordem, bem como autorização para transportar as mercadorias para empresa habilitada para sua destruição.

Sustenta, em suma, que em 07/03/2015 importou amostras de queijos da empresa PANNONTEJ ZRT, com sede na Hungria e que os produtos não foram armazenados adequadamente por ocasião da chegada no Aeroporto Internacional de Guarulhos, com a deterioração da carga.

Aduz que o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA lavrou Termo de Ocorrência sob nº 6386/2015, impondo à impetrante que procedesse a devolução das mercadorias à origem no prazo de trinta dias.

Informa que, para evitar os custos desnecessários com a remessa dos produtos, requereu ao MAPA a destruição no próprio aeroporto, por meio de autoclave, contudo, referido órgão constatou que as mercadorias possuem como destinação única a destruição em zona primária e que o aeroporto de Guarulhos havia desativado o incinerador desde 2007.

Aduz que o MAPA recomendou à impetrante e à concessionária GRU Airport que procedessem à devolução das mercadorias à origem e notificou a impetrante para apresentar comprovante de destruição dos produtos ou de sua devolução, em 10 dias, sob pena de aplicação de multa e suspensão da habilitação para operar no comércio exterior.

Prossegue a impetrante afirmando que, em razão da impossibilidade de destruição dos produtos no aeroporto de Guarulhos ou de sua retirada da zona primária, protocolizou pedido de devolução das mercadorias perante a Equipe de Controle de Carga da Receita Federal do Brasil sob nº 10814.723947/2015-66, deferido em 29/06/2015. Contudo, viu-se impossibilitada de cumprir a determinação do MAPA, em razão de comunicado do Governo do Distrito de Veszprém aduzindo risco de segurança alimentar em caso de devolução dos produtos à fábrica da PANNONTEJ ZRT.

Aduz a impetrante que repassou tal informação à RFB e ao MAPA e requereu a liberação da mercadoria para que fosse destruída em local adequado, por empresa habilitada. Contudo,

o MAPA determinou o armazenamento dos produtos em container refrigerado até a instalação das autoclaves no aeroporto de Guarulhos, sobrevindo o arquivamento do procedimento 10814.723947/2015-66.

Ainda assim, em 22/02/2016 teve lavrado contra si Auto de Infração nº 0817600/00075/16, com aplicação de multa pelo descumprimento da aludida obrigação, e a impetrante apresentou impugnação.

Em 03/05/2015 foi lavrado novo Auto de Infração (0817600/00171/16), com aplicação de multa pelo mesmo fato, o que deu azo à nova defesa administrativa.

Salienta, ainda, que protocolizou ofício junto ao MAPA, requerendo alternativa para destruição das mercadorias, sem resposta.

Teme a impetrante sofrer a pena de suspensão do RADAR, asseverando inexistir qualquer ato a ensejar tal suspensão. Veicula, por fim, a possibilidade de destruição da mercadoria fora da zona primária.

A inicial veio acompanhada de procuração e documentos de fls. 21/270.

À fl. 280 foi afastada a possibilidade de prevenção e determinada à emenda da inicial para retificação do valor da causa e recolhimento das custas complementares.

A impetrante manifestou-se às fls. 282/283 e recolheu as custas complementares.

Às fls. 289/290 a liminar foi parcialmente deferida para "tão somente para determinar que as autoridades coatoras se abstenham de aplicar à impetrante a penalidade de suspensão de habilitação para operar no comércio exterior em decorrência do armazenamento dos produtos objeto da Licença de Importação nº 15/0946603-1 e HAWB 724 4642 6262 20003163, até ulterior decisão deste Juízo".

Petição da impetrante com tradução do documento às fls. 304/307.

Informações do Inspetor Chefe da da Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos (fls. 315/327), após fazer a síntese dos fatos que levaram a impetração do presente writ, afirmou que os autos de infração lavrados em relação à LI nº 15/0946603-1 serão revisados de ofício, declarados nulos pela própria administração em razão de vício na motivação, uma vez que houve prorrogação do prazo concedido para destinação da mercadoria em vista da inexistência de autoclave. Sustenta, que há, neste sentido, perda superveniente de interesse processual em relação à Receita Federal, um vez que revisará, de ofício, os autos de infração, bem como não a impossibilidade de se desfazer da carga não pode ser imputada a esse órgão federal.

A Chefe da Superintendência do MAPA em São Paulo informou (fls. 329/350) que "devido ao volume de produtos armazenados aguardando destruição em zona primária, entendemos que não será possível a destruição nos fornos autoclaves, pois tratam-se de 65.021kh de produtos armazenados em 11 contêneires. Tal preocupação foi encaminhada à Coordenação Geral do Vigiagro – CGVigiagro/DAS/MAPA, motivada ainda, pelo questionamento da GRU Airport, conforme consta nos anexos, a qual continuamos no aguardo de um resposta."

Às fls. 367/368, parecer do MPF pela desnecessidade de pronunciamento na demanda em vista da inexistência de interesse público a justificar a manifestação ministerial.

É o relatório do necessário. DECIDO.

Recebo a manifestação de fls. 282/283 como emenda à inicial. Anote-se.

Nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de segu-

rança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Considerando as particularidades do mandado de segurança, mostra-se necessário, desde já, fixar os parâmetros daquilo que pode ser considerado direito líquido e certo, o que permitirá uma análise mais pertinente a respeito do caso concreto.

> Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual. (Lopes da Costa, Direito processual civil brasileiro, v. 4, p. 145; Sálvio de Figueiredo Teixeira, Mandado de segurança; apontamentos, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 46:15; Celso Barbi, Proteção processual dos direitos fundamentais, Revista da Amagis, 18:21)

Ainda sobre o direito líquido e certo, esclarecedora a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:

> Na verdade, o que deve ter como líquido e certo é o fato, ou melhor, a afirmação de fato feita pela parte autora. Quando se diz que o mandado de segurança exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no mandado de segurança, ser pré-constituída. À evidência, o que se exige, no mandado de segurança, é que a afirmação da existência do direito seja provada de logo e, além disso, de maneira irrefutável, inquestionável, sem jaça, evidente, de molde a não remanescer qualquer dúvida a seu respeito. (*in* A Fazenda Pública em Juízo. 8ª Ed. SP: Dialética, 2010. p.457/458.)

Restou, suficientemente, demonstrado, pelo conjunto probatório carreado aos autos, a impossibilidade absoluta da impetrante devolver o produto importado para seu país do origem (fls. 306/307), não sendo possível o atendimento do disposto no art. 46 da Lei nº 12.715/2012.

Lado outro, a impetrante, por motivos alheios à sua vontade, encontra-se, desde a autuação pelos órgãos fiscalizatórios e aduaneiros pátrios, impossibilitada de cumprir a dicção prevista no §2º do art. 46 da Lei nº 12.715/2012, que determina a destruição da mercadoria.

Causa espécie a este Juízo, da singela análise do acervo probatório, especialmente das informações e documentos juntados pela Superintendência do MAPA, de que até a presente data o Aeroporto Internacional de São Paulo, maior do Brasil e da América do Sul, não possui instalado e em funcionamento fornos de autoclaves. Mais espanto causa a informação paradoxal de que mesmo se tais equipamentos estivessem em funcionamento não seria possível a destruição da carga autuada da impetrante objeto da LI nº 15/0946603-1, conhecimento aéreo nº HAWB 7244642626220033163, *uma vez que a capacidade dos fornos autoclaves será, diariamente, atingida com a destruição dos resíduos de bordo das aeronaves*.

Em síntese, não há fornos autoclaves instalados e quando forem, um dia, instalados, já operarão com sua capacidade máxima.

As autoridades sanitárias e aduaneiras, ora impetradas, com fulcro, em tese, na Lei 12.715/2012, exigem, sob pena de diversas sanções administrativas e pecuniárias, inclusive a

suspensão da habilitação de exercício do comércio exterior, que, não sendo possível a devolução da mercadoria, que esta seja destruída na zona primária do Aeroporto Internacional.

Todavia, se constata, de forma ululante, a impossibilidade absoluta de sua cumprir a determinação administrativa, uma vez que, conforme as próprias informações da autoridade impetrada sanitária, não há fornos autoclaves instalados no Aeroporto de Guarulhos e, mesmo que estes estivessem instalados, não poderiam ser usados para destruição da dita mercadoria.

Indaga-se, como destruir a mercadoria na zona primária e cumprir a determinação administrativa?

Para este Juízo, conforme pleiteado na inicial, é óbvio que a Administração Pública Federal não pode exigir que a destruição se dê no âmbito da zona primária se não há equipamentos para tanto instalados e em funcionamento, nem se pode exigir que o administrado fique, indefinadamente, a mercê de um posicionamento estatal sobre o tema.

Se não bastasse, verifica-se da dicção do art. 46, §2º da Lei nº 12.715/2012 que não há determinação de que a destruição da mercadoria, cuja importação não seja autorizada por órgão anuente, se dê na zona primária, tal exigência é uma inovação administrativa sem respaldo legal.

Insta observar que, em hipótese semelhante, as autoridades administrativas da Receita Federal e do MAPA no Aeroporto de Viracopos/Campinas autorizaram a destruição da mercadoria, em obediência ao comando da Lei nº 12.715/2012, fora da zona primária, uma vez que, também, naquele aeroporto internacional não há fornos autoclaves instalados (fls. 258/270).

As regras relativas ao poder de polícia administrativo devem ser necessárias, proporcionais e eficazes, sob pena de caracterizarem deslegítimo arbítrio estatal. Sobre os limites do poder de polícia, fundamental a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> (...) Embora há muito já se reconheçam limites para o exercício do poder de polícia, é forçoso admitir que novos parâmetros têm sido concretamente aplicados, como os concernentes à dignidade humana, à proporcionalidade e ao conteúdo dos direitos fundamentais. A observação é de todo acertada: há uma linha, insuscetível de ser ignorada, que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos (liberdade e propriedade, entre outros) assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegitimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder, porque "a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos." (*in* Manual de Direito Administrativo. 28.ed. SP: Atlas, 2015. p. 87.)

Ora, nesta mesma linha de raciocínio, insta observar que a discricionariedade administrativa não deve ser confundida com arbitrariedade administrativa, trazendo ao administrado uma constante insegurança jurídica nas quais situações absolutamente semelhantes geram por parte da Administração Pública decisões díspares.

Sobre o conceito de ato discricionário, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (*in* Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 8ª tiragem. SP: Malherios, 2007. p. 48.)

Já sobre arbitrariedade administrativa Nicola Tutungi Júnior esclarece:

> Deste modo, temos que, apesar de semanticamente próximas, as palavras discricionariedade e arbitrariedade no campo do direito distinguem-se pela utilização ou não de critérios (ou condicionantes) na realização de escolhas e atendimento à legalidade. Ou seja, quando se realiza uma escolha de modo desarrazoado ou sem algum tipo de critério (*rectius*: através do puro exercício de livre-arbítrio), afastando-se das previsões legais balizadoras da atuação do administrador, estaríamos diante de um ato arbitrário. Por outro lado, utilizando-se de critérios como a conveniência e a oportunidade na prática de determinado ato, e observando-se fielmente o princípio da legalidade, estaríamos diante de discricionariedade. (*in* Ação Civil Pública e políticas públicas: implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz. UERJ. Dissertação Mestrado, 2010. p. 116. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141095.pdf. Acesso 01/03/2016.)

No caso dos autos o poder de polícia administrativo (órgãos impetrados) exige do administrado (impetrante), com violação, inclusive, ao seu direito de propriedade, conduta impossível de ser cumprida, ou seja, atua de forma desproprorcional e ineficaz.

Com efeito, tem-se que a atuação fiscalizatória ultrapassou os meandros da proporcionalidade, segundo tal princípio o Estado, por meio de seus agentes, não deve agir com excesso, muito menos de modo insuficiente, na obtenção dos seus objetivos. Segundo, novamente, lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quanto intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (*in* Manual de Direito Administrativo. 28. ed. SP: Atlas, 2015. p. 43.)

Não se pode olvidar que a proporcionalidade é composta pelos subprincípios da necessidade e adequação. Na esteira dos ensinamentos de Mendes & Coelho & Branco[1], tem-se, assim, que para a adequação – "as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos" – e para a necessidade "significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos".

Na clássica e conhecida afirmação atribuída a Walter Jellinek, sobre os atos da polícia administrativa na Alemanha da virada dos séculos XIX e XX, que, mutatis mutandis, se aplica ao caso em tela "a polícia não deve utilizar canhões para se abater pardais"[2], ou seja, nenhum indivíduo (administrado, pessoa física ou jurídica) deve ser tolhido de uma liberdade ou obrigada a suportar certa restrição além do ponto necessário ao atendimento do comando legal ou à satisfação do interesse público.

Observa-se, que a autoridade impetrada do MAPA, às fls. 329, encaminhou, em 28/06/2016, a preocupação sobre a informação da GRU Airport da impossibilidade de destruição da mercadoria da impetrante mesmo se instaldos os fornos autoclaves à Coordenação

1 *In* Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 1.ed.. Brasília: Brasília Jurídica/IDP, 2002. p.250.
2 Citado por Juarez de Freitas *in* Responsabilidade do Estado e o Princípio da Proporcionalidade – vedação de excessos e omissões. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. nº 6, julho/dezembro de 2005. Belo Horizonte: Del Rey.

Geral do Vigiagro e estava aguardando resposta.

Passados mais de 06 meses, não há notícias, nos presentes autos, de qualquer resposta ou providência tomada pelo órgão de vigilância agropecuária internacional no Aeroporto de Guarulhos.

Sobre os nefastos efeitos do silêncio da Administração, observa com costumeira acuidade Celso Antônio Bandeira de Mello:

> A Constituição consagra o direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a") e este presume o de obter resposta. Com efeito, simplesmente para pedir ninguém precisaria de registro constitucional assecuratório, pois não se imaginaria, em sistema algum, que pedir fosse proibido. *Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação a suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola do Direito. Donde, o agente que silencia indevidamente comporta-se com negligência, viola o dever funcional de "exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo"* (...). (*in* Curso de Direito Administrativo. 29 ed. SP: Malheiros, 2012. p. 419) Negrito nosso.

Em relação à autuação por parte da Receita Federal do Brasil, em suas informações a autoridade impetrada esclareceu que houve equívoco na motivação do Auto de Infração, uma vez que a prorrogação do prazo para destruição se deu de forma legítima, reconhecendo, no entender deste Juízo, a pretensão da impetrante neste aspecto, não se sustentando a tese de perda superveniente do interesse processual até porque consta apenas a informação de que os atos administrativos serão revistos de ofício, mas não há comprovação da mencionada revisão e anulação dos autos de infração.

Por fim, não há que se falar em violação ao art. 2º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a inércia estatal, sua atuação abusiva na esfera privada do administrado, bem como ineficiente, mas em todas as hipóteses em franca inobservância aos ditames legais e constitucionais, encontram-se sujeitas ao controle jurisdicional.

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada nesta ação, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 487, I do CPC), para determinar que:

(i) a Receita Federal do Brasil – Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos se abstenha de aplicar qualquer tipo de sanção, inclusive a suspensão da habilitação de exercício de comércio exterior, decorrente da prorrogação do prazo de armazenamento das mercadorias objeto da LI nº 15/0946603-1 (HAWB 7244642626220003163);

(ii) o Serviço de Vigilância Agropecuária no Aeroporto de Guarulhos, órgão do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA e a Receita Federal do Brasil – Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, tendo como parâmetro o procedimento adotado pelos mesmos órgãos no Aeroporto de Viracopos (fls. 258/270), bem como o disposto na Portaria da Receita Federal do Brasil nº 3.010/2011 (artigos 38 e seguintes), autorizem a destruição da mercadoria acobertada pela LI nº 15/0946603-1 (conhecimento aéreo HAWB 7244642626220003163) fora da zona primária do Aeroporto de Guarulhos devendo adotar todas as medidas e cautelas para o atendimento das normas sanitárias (empresa de destruição, endereço, método a ser adotado, tipo de veículo de transporte, data da lacração do veículo, data da destruição, indicação dos fiscais que deverão presenciar a destruição, entre outras medidas que entenderem cabíveis). *Prazo para a tomada das providências: 30 dias.*

Sem condenação em honorários, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Custas *ex lege*.
Sentença sujeita ao reexame necessário.
Oportunamente, ao arquivo.
Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.
Guarulhos, SP, 11 de janeiro de 2017.
Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

INQUÉRITO POLICIAL
0011715-42.2016.4.03.6181

Representante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Representados: HARRY SHIBATA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 04/11/2016

VISTOS EM SENTENÇA.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia, aos 26/09/2016, em face de HARRY SHIBATA, ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS, qualificados às fls. 310/311 dos autos, como incursos nas sanções dos artigos 299, parágrafo único, c/c art. 44, II, "b" e "h" c.c art. 25 (atual art. 29), todos do Código Penal.

Narra a exordial acusatória que, no dia 17 de dezembro de 1976, os médicos legistas JOSÉ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI, *por designação do então diretor do IML*, HERRY SHIBATA, agindo em concurso e unidade de desígnios, visando assegurar a ocultação e a impunidade do crime de homicídio da vítima PEDRO VENTURA FELIPE DE ARAUJO POMAR, omitiram, em documento público, declaração de que dele devia constar, bem como inseriram declaração falsa e diversa da que deveria ser escrita no Laudo de Exame Necroscópico 59.609, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Os agentes teriam cometido o crime prevalecendo-se de seus cargos públicos.

Segundo consta da denúncia, no dia 15 de dezembro de 1976, agentes do DOI – CODI, sob o comando do tenente-coronel RUFINO FERREIRA NEVES (Falecido), após cercarem uma casa localizada na Rua Pio XII, nº 767, em São Paulo/SP, onde era realizada reunião do Comitê Central do Partido Comunista do Brasil – PC do B, prenderam diversos integrantes do comitê que participaram da reunião, quando deixaram a residência. Horas depois, já na manhã do dia 17 de dezembro, agentes da repressão não identificados "abriram fogo" contra a referida casa da Rua Pio II, vitimando de morte os senhores Ângelo Arroyo e Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar.

A versão oficial divulgada foi de que Ângelo Arroyo e Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar "ofereceram resistência armada e, por isso, foram mortos em tiroteio". Porém, de acordo com órgão ministerial, tal versão seria falsa, visto que as vítimas estariam desarmadas, conforme diversos elementos existentes.

Alega-se que, para sustentar tal farsa, o falecido delegado de polícia do então DEOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, requisitou exame de corpo de delito, a pedido do DOI-CODI, visando confirmar a versão de resistência. Foi quando o denunciado HERRY SHIBATA, então diretor do IML, designou os também denunciados JOSÉ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI para elaborar o laudo necroscópico de PEDRO POMAR.

Os denunciados JOSÉ e ABEYLARD fizeram constar no laudo que o "examinado faleceu (...) ao manter tiroteio com a polícia após receber voz de prisão" e concluíram como *causa mortis* "hemorragia interna traumática produzida por instrumento perfuro contundente."

De acordo com o Ministério Público Federal, as informações inseridas no laudo seriam inverídicas, tendo sido omitidas no laudo, ademais, menções a lesões típicas compatíveis com

* Sentença Tipo D - Resolução CJF nº 535/2008

"zona de tatuagem", assim como ferimento perfuro contuso em região temporal anterior, indicativos de execução.

Consta ainda, que os denunciados JOSÈ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI tinham plena ciência da falsidade das informações constantes do Laudo e que dados relevantes foram omitidos, tendo, a despeito disso, elaborado e firmado o Laudo. Além disso, aduz o MPF que HERRY SHIBATA, responsável pela designação dos legistas, tinha plena ciência da farsa e mantinha relações estreitas com os órgãos repressivos, sendo notória sua participação na elaboração de laudos necroscópicos com informações falsas ou omissos, em diversos outros casos.

Salienta, por fim, que a conduta acima foi cometida no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil em um sistema de repressão política baseado em ameaças, invasões de domicílio, tortura, morte e desaparecimento dos inimigos do regime, sendo que os denunciados participavam ativamente das atividades de violação dos direitos humanos auxiliando os responsáveis por tais atos, ocultando o terror que vitimavam os cidadãos.

Assim, o delito previsto no artigo 299, do Código Penal, praticado em relação ao laudo de exame necroscópico da vítima PEDRO VENTURA FELIPE DE ARAÚJO POMAR, encontra-se, em tese, agravado, pelo objetivo de assegurar a ocultação e a impunidade de outro crime, qual seja, o homicídio praticado por agentes não identificados e/ou já falecidos.

Vieram-me os autos conclusos. Decido.

Primeiramente, reconheço a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime em exame (falsidade ideológica), porquanto conexo a suposto crime de homicídio praticado por agentes no exercício de função pública federal, tudo nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição da República e Súmula nº 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal no exercício de suas funções e com estas relacionadas". Com efeito, a acusação refere-se a eventuais crimes cometidos por ex-membros das Forças Armadas, utilizando-se de bens e serviços da União, aos quais os fatos indicados na denúncia estão conexos, conforme visto acima. Além disso, inúmeros tratados internacionais preveem, nos termos a seguir elencados, a obrigação do país em reprimir esses crimes, o que atrai a competência da justiça federal, a teor do art. 109, III, da Constituição Federal.

Há nos autos indícios suficientes da materialidade delitiva e de autoria, consubstanciados no laudo de exame de corpo de fls. 59/60, na análise do laudo necroscópico realizada pelo médico Antenor Chicarino de fls. 61, no parecer da Câmara dos deputados referente ao requerimento do reconhecimento da morte de Pedro Ventura Felipe de Araujo Pomar, de fls. 24/28, bem como nas diversas publicações veiculadas na imprensa e livros acerca do episódio denominado popularmente como "massacre da Lapa" ou "chacina da Lapa", em especial a reportagem que veiculou entrevista com Maria Trindade (sobrevivente ao episódio) de fls. 171, os trechos de livros, de fls. 173/177 (A Casa da Vovó), 179/182 e 188/193 (Massacre na Lapa) e 237/239 (Direito à memória e à verdade); Relatório da Comissão nacional da Verdade de fls. 201/206; e do programa Memorial "lugares da Memória" da Resistência de São Paulo, de fls. 259/265.

Todos esses elementos constantes dos autos dão conta de que a versão oficial registrada no laudo necroscópico produzido pelos acusados não corresponderia à verdade dos fatos e se destinaria a acobertar crime de homicídio praticado por agentes do governo militar. A denúncia aponta uma série de circunstâncias de que não teria havido necessidade daquela invasão seguida de disparos, uma vez que a casa estava sob vigilância há muito tempo, sendo que havia testemunha de que os investigados foram pegos de inopino.

Algumas considerações se fazem necessárias quanto às características do crime em tela, praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataque amplo contra grupos de oposição. Tais crimes são considerados pelo direito penal internacional, consoante tratados internacionais e decisões de órgãos e Tribunais internacionais dos quais o país faz parte, crimes contra a humanidade, o que implica regime jurídico especial, como, por exemplo, o da imprescritibilidade penal.

É importante considerar, de início, que o desenvolvimento do direito penal internacional ocorre desde o começo do século XX, seguindo um acentuado, gradual, mas constante evolução, a partir do julgamento dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial, pelo Tribunal Penal de Nuremberg e pelo Tribunal Penal de Tóquio.

Antes mesmo do advento desta guerra, já houvera a tentativa de punição do Kaiser alemão, derrotado na I Guerra Mundial, diante dos graves crimes internacionais praticados pela Alemanha naquela ocasião, mas como o referido soberano se homiziara na Holanda, sendo que este país não cedeu aos pedidos de entrega do mesmo, a tentativa de sua responsabilização diante de um Tribunal Internacional frustrou-se.

Assim, tão-somente após as atrocidades praticadas pelo nazismo, sob a liderança de Hitler, por ocasião da II Guerra Mundial, é que se criou o momento político ideal para a responsabilização individual por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

A "banalidade do mal", tal como expressão de Hannah Arendt, em que se fazia o mal como um ato normal, diante de uma total inversão de valores reinantes, permitiu o surgimento de uma opinião pública internacional no sentido de que jamais se permitisse que fatos como aquele ocorressem novamente.

Isto porque, até então não se reconhecia a responsabilidade individual de militares ou de soberanos por crimes deste feitio, mas tão-somente a responsabilidade estatal, no máximo de cunho indenizatório.

Foi, assim, neste caldo político que surge o Tribunal de Nuremberg, como uma tentativa dos aliados para fazer frente aos crimes praticados pelos nazistas e colaboradores e que causaram a morte de mais de seis milhões de pessoas.

Ainda tenham ocorrido críticas, tais como a de ter sido um Tribunal criado pelos vencedores e, portanto, parcial, de não ter sido estabelecido previamente aos fatos praticados, dentre outras, verdade é que a importância histórica e política do Tribunal de Nuremberg é hoje indiscutível e reconhecida por toda a doutrina de direito penal internacional, pois é a partir dele que se inicia a responsabilidade penal individual em matéria de crimes internacionais, tratando-se, portanto, de um marco na evolução da Justiça Penal Internacional.

Importante ainda lembrar-se desse paradigma para afirmar que a alegação então apresentada, durante os debates naquele Tribunal, de que seria uma Corte retroativa, criada pelos vencedores e, portanto, sem legitimidade para julgar os vencidos, restou superada, consoante firme proposição do jurista Cherif Bassiouni, no sentido de que "as atrocidades e crimes praticados já estavam definidos no direito internacional por tratados internacionais pretéritos e pelo próprio costume internacional".

O surgimento da responsabilidade penal internacional é reflexo também da vertente "garantia" assinalada por Norberto Bobbio, de tutela dos direitos humanos no âmbito internacional, segundo a qual haveria uma fase de "promoção", que visa a irradiar os valores dos direitos humanos; "controle", que monitora através de relatórios, comunicações interestatais e petições individuais o cumprimento das normas internacionais nesta matéria e a "garantia", que pode

ser definida como a jurisdicionalização nesta matéria[1]. Certamente, vive-se hoje nesta terceira fase, em que as normas internacionais penais passam a valer para todos os países que compõem os chamados blocos de institucionalidade, a saber: o bloco dos países que compõem e integram a Corte Europeia de Direitos Humanos e aqueles, dentre os quais está o Brasil inserido, jungidos à Corte Americana de Direitos do Homem.

Esses chamados blocos de institucionalidade evoluíram também, a partir da criação dos Tribunais para o julgamento dos crimes na Ex-Ioguslávia e em Ruanda, em face de crimes que chocaram a opinião pública internacional, resultando finalmente na criação do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil também faz parte.

As Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Europeia e Americana, no julgamento de causas relacionadas a graves violações de Direitos Humanos, têm, nos respectivos subsistemas continentais, realizado importante mudança de enfoque na solução de problemas e demandas relacionadas aos direitos humanos. Um exemplo disso é o que recentemente ocorreu no Brasil com a Lei "Maria da Penha", como também no julgamento dos crimes praticados na Guerrilha do Araguaia, apenas para ficar em dois exemplos.

Com efeito, conforme acentua Noberto Bobbio, referido bloco de institucionalidade no plano internacional foi responsável pela modificação da visão *ex vi principis*, até então vigente, para a visão *ex parte populli*, em que não importa a visão do príncipe, mas sim a visão do povo ou do cidadão em matéria de respeito aos direitos humanos, ou seja, uma mudança total de enfoque na matéria.

Tais Cortes de Direitos Humanos, como também os Tribunais Penais Internacionais, como o atual Tribunal Penal Internacional, formam um verdadeiro bloco institucional, conforme dito, propício a receber toda a sorte de demandas que envolvam graves violações a direitos humanos ou crimes contra a humanidade, havendo verdadeiros vasos comunicantes entre tais órgãos para a solução dos casos.

É importante destacar o arcabouço institucional sobre o qual está erigido esse bloco institucional da Justiça Penal Internacional, havendo grande importância, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, notadamente ao seu art. 14, das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos e do Estatuto de Roma.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao contrário das Convenções regionais de direitos humanos, aplica-se a todos os países pertencentes à ONU, mas ainda não se encontra tão institucionalizado como as Convenções ou os Tribunais Internacionais.

Essas breves digressões são necessárias para situar o conhecimento da presente questão examinada por esta decisão, que envolve a obrigação do Brasil de seguir os tratados internacionais pactuados.

Por outro lado, a Constituição Federal possui uma série de dispositivos que veiculam a observância da proteção aos direitos humanos, a saber:

O art. 4º, II, prevê que "República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (...) II – prevalência dos direitos humanos".

O art. 5º, § 2º, dispõe que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

1 N. Bobbio, *A era dos direitos*, Campus, RJ, 1992, p. 40.

E o § 3º do mesmo dispositivo: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

No caso tratado nos autos, a acusação gira em torno de crimes conexos a crimes de homicídio praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataques generalizados. Não restam dúvidas de que tais fatos configuram graves violações aos direitos humanos.

É certo que os massacres não ocorreriam se os agentes militares não tivessem contado com a colaboração, muitas vezes, conivente e partícipe, de civis, como profissionais das mais variadas origens, como no caso em tela, em que, nesta fase de cognição sumária, se vê indícios de autoria por parte de médicos do IML.

O Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25/09/2002, definiu os crimes contra a humanidade, os quais já eram reconhecidos como *hard law* pelo direito internacional, nos termos de seu art. 7º:

> 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
> *a) Homicídio;*
> b) Extermínio;
> c) Escravidão;
> d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
> e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
> f) Tortura;
> g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
> *h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;*
> *i) Desaparecimento forçado de pessoas;*
> j) Crime de apartheid;
> k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.
> 2. Para efeitos do parágrafo 1o:
> a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
> b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
> c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
> d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;
> e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle

> do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;
> f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
> g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;
> h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;
> *i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.*
> 3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Assim, forçoso reconhecer que a acusação apresentada pelo *Parquet* Federal refere-se a crime conexo com os crimes de homicídio e desaparecimento forçado de pessoas.

Imputa-se aos acusados HARRY SHIBATA, ABEYLARD QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS os crimes previstos no artigo 299, parágrafo único, c.c. art. 25 e art. 44, II, alíneas "a" e "h", todos do Código Penal, na redação antiga, tratando-se de crime conexo, na modalidade consequencial, ao crime doloso contra a vida, praticado por agentes da repressão não identificados.

Configurada, ao menos nesta fase de cognição sumária, a natureza de crime contra a humanidade em relação aos fatos descritos na denúncia.

A partir disso, resulta que as normas penais internacionais, os julgamentos penais internacionais e o costume consideram tais crimes imprescritíveis e insuscetíveis de anista etc. Observe-se que, em matéria de direito penal internacional, o costume é *jus cogens*.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, na Extradição 1362/DF, em que o Estado argentino requereu a Extradição de Salvador Siciliano, acusado naquele país de prática de crimes contra a humanidade, na época da então ditadura militar, por pertencer a uma organização terrorista e paramilitar que participou ativamente na morte, desaparecimento e demais crimes contra a oposição política ao regime, assentou que o requisito da prescritibilidade não pode ser admitido para impedir a extradição nas hipóteses de crimes contra a humanidade:

> De fato, a regra da imprescritibilidade não pertence ao direito comum, mas a esse campo do Direito a que se convencionou chamar de direito penal internacional. É a seu caráter único entre os ramos tradicionais do direito que se deve reportar a produção de efeitos legais, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. Diversamente dos crimes comuns, as conseqüências de crimes internacionais "não surgem em um primeiro momento, mas ao longo do tempo não cessam de ampliar" (Jankalevitch, V. L'imprescritilile. Paris, Seuil, 1986, p.18). Por isso, se reportam os crimes contra a humanidade ao direito penal internacio-

nal, disciplina cuja finalidade é, como Kai Ambos, suprimir ou ao menos diminuir uma lacuna de punibilidade fática decorrente de graves violações de direitos humanos (AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Andrés Raiszan. São Paulo: Editora RT, 2008). Consequentemente, é nas fontes desse ramo do direito que se deve buscar uma interpretação do Tratado de Extradição que seja consentânea com o atual quadro normativo do direito internacional. É nesse sentido a fundamentação do Ministério Público Federal, no parecer feito pela e. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques relativamente à imprescritibilidade, no direito brasileiro, dos crimes contra a humanidade. Os argumentos do Ministério Público foram deduzidos nos seguintes termos (fls. 561-566):

'No direito brasileiro, também os crimes em causa são imprescritíveis, qualificação que decorre de normas do jus cogens, que, desde muito antes da consumação dos delito, obrigam os Estados membros da comunidade internacional a promoverem a responsabilidade criminal dos autores de crimes contra a humanidade.

Como afirmou o Procurador-Geral da República em manifestação na APDF 320/DF, "desaparecimentos forçados, execuções sumárias, tortura e muitas infrações a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade razão pela qual sobre eles incidir as conseqüências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

As normas – cogentes de direito costumeiro internacional que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam a 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei Conselho de Controle nº 10 (1945); e) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Comission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição das pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

Assim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. E assim são qualificados exatamente para efeito de impedir que fatos dessa natureza, que atentam contra direitos fundamentais do homem, especialmente a dignidade humana – fundamento de todos os direitos fundamentais – fiquem impunes.

Ressalte-se que a prescritibilidade dos crimes não constitui garantia fundamental, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição, muito menos decorre dos seus princípios e normas implícitas.

O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar(...).

A Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas, definiu, um ano antes da Lei de Anistia brasileira, as medidas a serem tomadas pelos Estados, convocando-os a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por

abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição está submetido o Estado brasileiro, nos termos do art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, tem reconhecido que são inadmissíveis as disposições de prescrição que tenham por objetivo impedir a investigação e punição de responsáveis por graves violações dos direitos humanos (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, art. 41). A Corte reconhece, nesses julgados, o primeiro das normas costumeiras de direito internacional.

Em relação à prática constante e uniforme para a configuração do costume internacional como *jus cogens*, observou o Ministro Edson Fachin no supra mencionado voto:

> Tais práticas, como destacava Michael Akehurst (Custom as a source of international law, British Yearbook of International Law, vol. 47, n. 1 (1977), p. 21), não guardam hierarquia entre si, mas devem ser tomadas como um todo, conforme recente abordagem da própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J, Report 2012, p. 136). Isso significa que a prática deve refletir-se nos principais órgãos do Estado. A ideia de que a prática deve ser consistente, ou de um "costume constante e uniforme" (Caso do Asilo Colombiano-Peruano, Colômbia v. Peru, Julgamento, 1950, C.I.J, Reports 1950, p. 266) não deve traduzir, ademais, a obrigatoriedade de perfeição e a intolerância a algum nível de inconsistência (Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14).
> Como exemplos dessa prática, é possível citar o reconhecimento de jurisdição universal por parte da Espanha a fim de julgar o cidadão argentino Ricardo Cavallo acusado dos crimes de terrorismo, tortura e genocídio. Os fatos teriam ocorrido nos anos finais da década de 70 e o pedido de detenção ocorreu somente em 25 de agosto 2000, pelo juizado de instrução n. 5 da audiência nacional de Madrid. Estando o acusado no México, foi requisitada a esse país sua extradição, tendo sido deferida pela Juíza Guadalupe Luna Altamirano, do Juizado do Sexto Distrito da Cidade do México, em 11 de janeiro de 2001. A decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte de Justiça da Nação, no fallo sobre apelacion 140/2002, de 10 de junho de 2002.
> A Corte Suprema do Chile autorizou, em 21 de agosto de 2013, a extradição do ex-juiz federal argentino Otílio Romano, acusado de ser cúmplice em diversos crimes qualificados pela lei argentina como sendo de lesa humanidade (...)
> É importante observar no que tange às decisões de México e Chile que ambas as nações não são partes da Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade.

Segundo Kai Ambos[2], é importante analisar os elementos constitutivos da responsabilidade individual por esses crimes. Esses se desdobram em aspectos objetivos e subjetivos. Quanto aos primeiros, é possível destacar três aspectos fundamentais.

Um primeiro aspecto digno de realce é o da *conexion causal*, ao qual não houve um enfrentamento dogmático, mas sim pragmático por parte do Tribunal de Nuremberg, analisando-se muito mais os aspectos probatórios envolvidos de modo a verificar ou não a conexão causal[3].

2 K. AMBOS, Los fundamentos de la responsabilidad penal individual, *in* Temas de derecho penal internacional, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 126.

3 K. AMBOS, Los fundamentos de la responsabilidad penal individual, *in* Temas de derecho penal internacional, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 127.

Um segundo aspecto é a questão da *participação*. Nos julgamentos predominou a doutrina do desígnio comum ou *common design*, própria do direito anglo-saxão, bastando que o acusado estivesse envolvido na comissão do crime, partindo-se da ideia básica de que as atrocidades, por exemplo, perpetradas contra os judeus não poderiam ter sido cometidas sem o apoio de muitas pessoas e sem uma estrutura por trás que as assegurasse. Foi uma forma de estabelecer a responsabilidade por atos meramente preparatórios[4].

Um terceiro aspecto refere-se à questão da *expansão da imputação*, segundo a qual se estabeleceu um *dever geral dos superiores de evitar ou prevenir o desrespeito às leis da guerra por seus subordinados, quando tenham ou devam ter ciência de eventuais atos criminosos por estes praticados*. Da mesma forma, os julgamentos do Tribunal de Tóquio estabeleceram a responsabilidade dos superiores civis por atos de seus subordinados, devendo ele renunciar, caso tenha conhecimento de uma atrocidade e não possa evitá-la[5].

Além dessa responsabilidade por mando, pode-se também falar na responsabilidade por conspiração, que foi muito criticada durante os julgamentos de Nuremberg, pois não era conhecida do direito continental, parecendo uma mera punição da intenção.

Kai Ambos, em análise aos julgamentos por crimes de guerra realizados pela jurisprudência britânica, destaca a diferença entre conspiração, desígnio comum e participação de uma organização. Na primeira, haveria um acordo para cometer delitos. Na segunda, além do acordo se exigiria a efetiva prática deles. Na terceira, exige-se o conhecimento da organização e a participação voluntária e efetiva nela[6].

Examinados os aspectos objetivos, passemos à análise dos elementos subjetivos da responsabilidade individual (*mens rea*).

Neste campo, entende-se que se deve afastar todas as presunções, limitando-se por outro laudo todas as alegações de erro de direito, admitindo-as apenas nas hipóteses em que inevitáveis[7], o que se coaduna com a doutrina geral de direito penal nesta matéria.

Tendo em vista a relevância do bem jurídico atingido e a recente introdução desse crime no cenário jurídico mundial, bem como o fato de estar diretamente relacionado à proteção dos direitos humanos, importa lembrar, em breves linhas, algumas características da responsabilidade penal por crimes contra a humanidade.

Ao utilizar a mesma sistemática de estudo dos crimes internacionais em geral, conforme visto acima, vamos desdobrar a análise das principais questões que envolvem os crimes contra a humanidade a partir da análise de seus elementos objetivos e subjetivos.

Um primeiro elemento objetivo presente nos crimes contra a humanidade e que deve ser analisado para a sua verificação ou não, é o fato de que só se caracteriza crime contra a humanidade o ato que esteja relacionado a um sistema de terror, assim mesmo atos individuais podem ser tidos como crimes contra a humanidade, desde que praticados dentro de um contexto desse tipo[8].

Nestes crimes verifica-se um acentuado componente ideológico, pois são utilizados para um propósito político específico, em um sistema de contexto ditatorial de violência. Outra ca-

4 *Op. cit.,* nota 66, p. 129.
5 *Op. cit.*, nota 66, p.132, apud Roling e Ruters (eds), The Tokyo judgment: the international military tribunal for the far east (IMTFE), Amsterdam, 1977.
6 *Op.cit.,* nota 66, p. 133, apud UNWCC, Law Reports XV,London, 1947-1949 (UNWCC Law Reports).,pp.97-99.
7 *Op. cit.,* nota 67, p. 135.
8 *Op. cit.*, nota 67, p. 137.

racterística importante, é que a política que o fundamenta não precisa ser hegemônica[9].

Alguns elementos objetivos dessa responsabilidade (*actus reus*) podem ser analisados.

O mais importante deles refere-se à *participação/cumplicidade*.

Entende-se que a participação deve ser vista de forma individualizada, de modo a verificar a contribuição para o ato criminal. A esse respeito, é interessante a referência ao famoso caso *Eichmann*, em que foi condenado como autor principal, apesar de praticado vários atos de apoio ou cooperação. Com efeito, a Corte israelense concluiu por uma nova forma de analisar a questão da macrocriminalidade, *em que não seria possível o cometimento dos crimes contra a humanidade na escala em que foram praticados, sem a colaboração de terceiros e sem uma estrutura para tal fim*. Considerou-se ainda que a responsabilidade aumenta, na medida em que aumenta o nível de comando da pessoa envolvida[10].

É a aplicação da doutrina do domínio do fato, em que se pode aplicar a teoria da autoria mediata, em que determinado aparato militar pode conferir aos seus líderes ou comandantes do domínio dos atos de seus subordinados, que executam crimes ordenados ou concebidos por seus comandantes, tratando-se de verdadeiros autores fungíveis do ato[11].

Esses têm sido os entendimentos aplicados nos casos de repressão aos crimes contra a humanidade praticados na Argentina e no Chile, durante a ditadura militar[12].

Quantos aos elementos subjetivos do crime, os julgamentos dos crimes de guerra nazistas demonstraram que basta a presença do dolo eventual, algo entre o dolo e a culpa consciente. Em *Eichmann*, por exemplo, o autor sabia da solução final; assim, a destruição dos judeus integrou o dolo[13].

Nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal para antiga Iugoslávia, seguiram-se os mesmos passos já trilhados pelos julgamentos dos crimes dos nazistas, exigindo-se para a punição a existência de uma contribuição causal para a prática do crime e uma atuação intencional e consciente, com as variações adequadas para as situações de comando, em que a responsabilidade pode se dar por atos praticados por pessoas sob comando[14].

Além disso, só a presença na cena do crime não é suficiente para a responsabilidade individual, devendo ser demonstrado que o acusado sabia que sua presença teria um efeito substancial e direto no crime, sendo que este conhecimento pode ser inferido das circunstâncias, não sendo necessário provar diretamente o conhecimento do acusado, sendo que isso não se confunde com presunção, tratando-se de análise objetiva das circunstâncias do caso concreto[15].

Como conclusão, pode-se dizer que os seguintes elementos, indicados nos arts. 25 a 28, do Estatuto de Roma, são universalmente reconhecidos como princípios gerais de direito penal supranacional: 1º) No âmbito objetivo, estabelece um conceito amplo de participação, incluindo a possibilidade inclusive das chamadas autorias indiretas, por meio da qual um superior hierárquico pratica um crime, em razão do domínio do fato (aparato organizado de poder); 2º) No âmbito de análise subjetiva, tem-se que o conhecimento e a intenção podem ser eventualmente provada circunstancialmente; 3º) A existência de distintas formas de expansão da

9 *Op. cit.*, nota 67, p. 138.
10 H. Arendt, *Eichmann em Jerusalém* – Um relato sobre a banalidade do mal, Companhia das Letras, São Paulo, 2006, nota 28, pp 290/322.
11 K. Ambos, *op. cit.*, nota 66, p. 140.
12 Para uma maior discussão k. Ambos, *Op.cit.*, pp. 141 e 142.
13 Para uma maior discussão K. Ambos, *Op. cit.*, pp. 142 e 143 e H. Arendt, *Op. cit,* nota 34.
14 Para uma maior discussão, K. Ambos, *Op. cit.*, pp. 146/148.
15 K. Ambos, *Op. cit.*, nota 67, p. 148 e 153.

imputação, em que a responsabilidade por mando é mais conhecimento, mas também pode ocorrer em se tratando de omissões, como neste caso, como nas hipóteses de ação[16].

Continuando na análise do presente caso concreto, é forçoso reconhecer-se ainda que, uma vez definidos como crimes contra a humanidade, ao menos nesta fase de cognição sumária, aplica-se, como dito, o primado da imprescritibilidade de tais fatos típicos.

Destaco, após esses comentários que revelam meu entendimento pela possibilidade de punição dos crimes indicados na denúncia, eis que praticados contra a humanidade e imprescritíveis, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 153, rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil pela revisão da Lei nº 6.683/74, decisão essa, apesar de ainda pender embargos de declaração, possui efeito erga omnes e vinculativos a todo o Judiciário Nacional, por força do disposto no art. 10, da Lei nº 9.882, de 03 dezembro de 1999.

Mesmo o entendimento acima indicado, esposado pelo Ministro Edson Fachin, no julgamento da Extradição 1362/DF, foi levado a plenário recentemente, julgamento este ainda pendente de decisão definitiva em razão de pedido de vista de um dos Ministros, no entanto, já se formou a maioria para não se permitir a Extradição, considerado, pois, prescritível o crime de que se trata.

Portanto, admitir-se, no caso concreto ora analisado, o processamento dos denunciados diante desse quadro jurídico que se delineia, em que não se vislumbra, por ora, nenhuma possibilidade de alteração da posição do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a decisão da Corte Americana de Direitos Humanos na decisão sobre a guerrilha do Araguaia, se me afiguraria a imposição de uma posição pessoal deste Magistrado, dissociada do que restou estabelecido até agora pela mais alta Corte Judicial do país, em decisão com efeito vinculante.

Em decisão tomada, em 29 de setembro de 2014, na Reclamação nº 18.686/RJ, em que se recebera denúncia pela prática de crimes praticados na ditadura militar, tendo como vítima, dentre outros, Marcelo Rubens Paiva, o Ministro Teori Zavaski fez prevalecer o decido na ADPF 153, relatoria do então Ministro Eros Grau:

> São relevantes os fundamentos deduzidos na presente reclamação. Em juízo de verossimilhança, não há como negar que a decisão reclamada é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e definido no âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros) (...) Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10,§ 3º da Lei 9.882/99), podendo seu cumprimento ser exigido por via de reclamação (art. 13).

Até se poderia vislumbrar por um eventual discrímen entre crimes praticados pelo Estado em perseguição política daqueles praticados por um Estado paralelo, que se estabeleceu nos antigos DOI-CODIs, e não contavam com o apoio da própria estrutura militar, daí o caráter marginal de suas atividades[17], exatamente como se verifica no caso em tela, hipótese que não

16 *Ibid*, p. 153.

17 Elio Gaspari em "A ditadura Encurralada, Voluma 4, pág. 15, alude a essa dissonância entre a cúpula militar da época e verdadeira marginalidade criminosa que operara ao redor do regime militar: "Este livro conta com a história desses anos. Para escrevê-lo, tive a ajuda decisiva de dois dos grandes personagens do regime. Ernesto Geisel e Golbery do Couto e Silva deram-me longas, sinceras e pacientes entrevistas. Se deixei respostas sem perguntas, a culpa foi minha. Golbery, chefe do Gabinete Civil e principal articulador político de Geisel, cedeu-me também o arquivo pessoal dele. *Eram 25 caixas que estavam guardadas em sua garagem, num sítio de Luziânia, nas cercanias de Brasília. Nelas há de tudo. Desde panfletos anônimos (de autoria*

seria abrangida pela decisão na supra mencionada ADPF.

Todavia, infere-se do próprio teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, que se entendeu pela interpretação da Lei de Anistia como um exemplo de lei-medida (*Massnahme gesetze*), ou seja, norma que disciplina diretamente determinado interesse:

> O significado válidos dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele,mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas "leis-medida" (*Massanahme gesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão "crimes conexos" na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada.

Enfim, o Supremo entendeu pela extensão da lei em questão para os crimes conexos praticados por agentes do Estado contra os que lutavam contra o regime de exceção, possuindo a anistia caráter bilateral, amplo e geral, excepcionando-se apenas os já condenados – e com sentença transitada em julgado – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Em suma, este é o panorama traçado pela jurisprudência do país, a partir de sua mais alta Corte, sendo que, ainda que em dissonância com o que tem sido decidido no âmbito dos Tribunais Internacionais, conforme visto acima, pelo que o país, uma vez mantida a decisão, e tudo indica que o será, poderá ser, de algum modo, responsabilizado no âmbito internacional, senão politicamente pelo menos, verdade é que, em termos de soberania interna, não há como não garantir o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte.

O representante do Ministério Público Federal, em sua manifestação de fls. 266/307 dos autos em apenso, alude ainda à ADPF 320/DF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, ainda pendente de decisão, com parecer favorável da Procuradoria Geral da República, e que discutiria o chamado controle de convencionalidade, visto que a decisão na ADPF 153 ocorrera antes da decisão da Corte Americana de Direitos Humanos quanto ao caso Araguaia, em que se determinara a punição pelos crimes ali praticados. Todavia, é fato que ainda prevalece, no território nacional, a decisão anterior da ADPF 153, sendo que, ao que tudo indica, à vista do recentemente decidido, ainda que não concluído o julgamento, na Extradição 1362/DF, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, a maioria do Supremo inclinar-se-á pela prescritibilidade dos chamados crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar. Falta, pois, plausibilidade jurídica ao pedido, ressaltando-se, por fim, que nas respectivas Reclamações, como visto em um exemplo acima transcrito, o Supremo Tribunal tem suspendido as decisões

---

conhecida) até um telex do general José Maria de Andrada Serpa, de janeiro de 1976, dissociando-se, como comandante da 7ª Região Militar, de uma articulação de solidariedade para com a criminalidade do DOI-CODI paulista. Se Golbery não tivesse guardado uma cópia desse telex, a mais corajosa manifestação de um general em função de comando contra a anarquia delituosa dos DOIs dormiria entre os papéis da burocracia militar" (grifo nosso).

judiciais refratárias à tese da prescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar.

A situação ainda é mais dramática quando se verifica que os eventuais autores desses crimes possuem, se ainda vivos, idade elevada, sendo que talvez não haja mais tempo hábil para a responsabilização penal. O país perderia, portanto, uma oportunidade de punir eventuais autores de crimes graves praticados contra os direitos humanos, punição esta que serviria de exemplo para que fatos como esse não mais ocorressem. Frise-se que a história do Brasil demonstra um exacerbado autoritarismo, que desde meados do II Império, teima, muitas vezes, em fazer valer, sob o império da força, sua vontade, o que também, sob esse prisma, justificaria um enfrentamento, pelo devido processo legal, de crimes praticados sob o manto do autoritarismo estatal, ainda que marginal.

Todavia, bem ou mal, a sociedade optou por uma transição pacífica, através de uma anistia geral e irrestrita, sendo que as vítimas desses crimes e seus familiares, têm sido indenizadas pela União, entendendo-se pela inadmissibilidade de persecução penal em relação a esses fatos, conforme visto acima.

Portanto, ressalvando meu entendimento pessoal, tendo em vista a fundamentação supra, não há alternativa senão rejeitar a denúncia.

Posto isso, REJEITO a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra HARRY SHIBATA, ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS, qualificados às fls. 310/311 dos autos, como incursos nas sanções dos artigos 299, parágrafo único, c/c art. 44, II, “b” e “h” c.c art. 25 (atual art. 29), todos do Código Penal, com fulcro no art. 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, combinado com o art. 1º, da Lei nº 6.683/79, art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/99, bem como a decisão proferida pelo STF na ADPF 153.

Não havendo recurso, façam-se as comunicações e anotações necessárias e, ulteriormente, arquivem-se os autos.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 4 de novembro de 2016.

Juiz Federal SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0017292-50.2016.4.03.6100

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: RAFAEL FABRIZZI LUCAS E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2017

Vistos.

Trata-se de ação civil pública, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de RAFAEL FABRIZZI LUCAS e ROGÉRIO FABRIZZI LUCAS, objetivando, em tutela provisória de urgência, a suspensão do domínio do sítio eletrônico "Brasil Pet Shop", por meio de expedição de ofício ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – Nic.br.

Em sede de decisão definitiva de mérito, pretende o autor seja determinado o encerramento das atividades do domínio aludido, em caráter permanente, bem como declarado o perdimento, em favor da União, de todo o patrimônio arrecadado pelos réus através da exploração do sítio eletrônico.

Sucessivamente, na hipótese de rejeição do pedido anterior, requer a determinação aos réus para que apenas permitam o cadastramento e permanência no site de vendedores que apresentem a licença ambiental para comercialização de animais emitida pelo IBAMA ou pelas Secretarias Estaduais do Meio Ambiente, devendo excluir todos os vendedores atuais e futuros que não disponham da referida autorização, sob pena de multa aos réus de R$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada admissão de anúncio irregular.

Aduz o *parquet* que os réus são os titulares do domínio do sítio eletrônico supracitado. Após investigação, constatou-se a existência de milhares de anúncios de comercialização de animais silvestres e exóticos, sem que os vendedores possuíssem as devidas autorizações dos órgãos ambientais.

Sustenta, assim, que cerca de 99% das transações comerciais ocorridas no sítio eletrônico são produto de crimes ambientais (previstos no artigo 29 da Lei nº 9.605/1995), de forma que deve ser decretada a liquidação forçada do *website*.

Inicial acompanhada dos documentos digitalizados em mídia encartada à fl. 11.

Pela decisão de fls. 14/15 verso, foi deferida a tutela provisória de urgência, para determinar a expedição de ofício ao "Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – Nic.br", para que procedesse a suspensão do domínio do sítio eletrônico "Brasil Pet Shop" (procedimento tecnicamente denominado de congelamento do nome de domínio).

Citados, os réus apresentaram contestação (fls. 31/64), impugnando os fatos narrados na inicial. Alegam que os anúncios de animais silvestres identificados pelo MPF correspondem apenas a 1,3% do total de anúncios cadastrados no domínio até a suspensão das atividades. Afirmam que a lista encaminhada pelo corréu Rafael ao MPF no curso da investigação criminal apenas contemplava os vendedores de animais silvestres, eis que apenas sobre estes é que recaiam suspeitas de prática de atos criminosos.

Ademais, afirmam que não existe qualquer relação contratual entre os réus e todos os interessados em anunciar no sítio da *internet,* sendo que o próprio domínio tornava expressamente pública a ausência de responsabilidade pelos produtos divulgados, e que os usuários

precisavam anuir com os termos de uso do site, nos quais consta que as negociações são livremente entabuladas entre compradores e vendedores, sendo estes últimos os únicos responsáveis pela existência, qualidade e quantidade dos produtos comercializados.

Ainda neste particular, salientam os réus que o domínio nunca interviu nas negociações, tampouco exerceu a posse ou propriedade sobre os produtos/animais negociados. Por derradeiro, evoca os termos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que isenta de responsabilidade os provedores de *internet* pelos conteúdos produzidos por terceiros.

Defesa acompanhada dos documentos de fls. 67/464.

Instado a se manifestar sobre o teor da defesa (fl. 465), o MPF tão somente reitera as alegações da exordial, declarando não ter provas a produzir.

Provocados a se manifestarem sobre as provas que pretendiam produzir (fl. 473), os réus também declinaram da oportunidade (fl. 474).

Os autos vieram conclusos.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, tendo em vista o acervo documental apresentado, bem como a teor dos ônus probatórios respectivos, entendo desnecessária a produção de outras provas, razão pela qual passo ao julgamento antecipado da lide.

Não suscitadas preliminares e presentes os pressupostos processuais e condições da ação, passo à análise de mérito.

Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se os réus, titulares do domínio de *internet* "Brasil Pet Shop" são responsáveis pelos anúncios de oferta de animais silvestres sem prévia autorização por Órgãos de controle ambiental, anúncios estes que foram objeto de investigação instaurada pelo Ministério Público Federal, autuada sob nº 1.34.001.004235/2015-11, e cujos autos foram colacionados ao presente processo através do CD encartado à fl. 11.

Tal investigação foi originada de denúncia formulada pelo IBAMA, que identificou alguns anúncios irregulares veiculados na página do referido portal. No curso das investigações, foram intimados os ora réus desta demanda para informarem quais os usuários da página que comercializavam animais silvestres, tendo sido entregue uma lista com mais de cem nomes, dos quais apenas um ostentava registro perante o IBAMA.

Amparado nestes indícios, o MPF entende que o referido domínio de *internet* é um instrumento para a prática de crimes ambientais, razão pela qual postula o cancelamento definitivo do registro junto ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, bem como o perdimento dos valores arrecadados pelos réus através da exploração do site referido.

A contratese dos corréus, por sua vez, é a de que prestam apenas serviços de "provedor" de *internet*, não se responsabilizando pelo conteúdo gerado por terceiros através do site. Ademais, afirmam que, até a decisão exarada neste processo que determinou a suspensão das atividades da página, prestavam serviços a mais de dez mil usuários, os quais comercializavam desde animais domésticos, silvestres e outros produtos, de modo que a quantidade de eventuais usuários irregulares representa apenas 1,3% do total de clientes do portal.

Ainda neste particular, sustentam os réus que a legislação de regência afasta a responsabilidade dos provedores de *internet* pelo conteúdo gerado por terceiros.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que as disposições da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), sobre a ausência de responsabilidade por danos gerados por terceiros, apenas se aplica aos chamados *provedores de conexão*, que são os fornecedores de

acesso à *internet*, e não aos assim denominados *provedores de aplicação* (ou de *conteúdo*), caso do domínio titularizado pelos réus desta demanda. A conclusão decorre da interpretação da norma citada, que trata dos diferentes tipos de provedores em artigos distintos, a saber, nos artigos 19 e 21, respectivamente.

Com efeito, o serviço prestado pelos corréus através do portal "Brasil Pet Shop" é o de permitir que usuários divulguem produtos através do site, o qual se torna um meio para realização de negócios, tal como diversos outros portais de comércio em atividade.

Deste modo, a cláusula de ausência de responsabilidade pelo conteúdo disponibilizado pelos usuários apenas surte efeitos em relação aos compradores dos produtos fornecidos pelos usuários do portal, a fim de imputar exclusiva responsabilidade a estes últimos pela qualidade e quantidade dos bens oferecidos.

De outro lado, tal previsão contratual não tem o condão de elidir a responsabilidade pela oferta de produtos ilícitos, ainda mais em se tratando de bens sujeitos a rigoroso controle, não apenas ambiental, como também sanitário.

A teor do senso comum (CPC/2015, art. 375), não há como conceber que os portais de compra e venda pela *internet* não exijam provas mínimas de atendimento dos usuários a exigências legais de controle da atividade. Se assim não fosse, um portal poderia servir de instrumento para comercialização de substâncias ilícitas, e pelo mero fato de apenas disponibilizar um espaço na *internet*, não responderia pelo fato.

Seria até mesmo desnecessário evocar a legislação de proteção ao meio ambiente para se concluir neste sentido, pois as operações entabuladas pelos usuários do portal e os adquirentes dos animais silvestres caracterizam-se inequivocamente como relações de consumo, o que inclui os réus desta demanda na cadeia de fornecimento, a ensejar responsabilidade pelo fato do produto.

Neste sentido, trago a lume os seguintes julgados:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO.
> 1. No caso, o nome do autor foi anunciado em sites de classificados na internet, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - ipanorama.com - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal O Click, que se hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (O Click) responsabilizava-se contratualmente pela "produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação".
> 2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site "O click" no site "ipanorama.com".
> 3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se

verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.
4. No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se chancelar o linchamento moral e público de terceiros.
5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*.
6. Indenização por dano moral arbitrada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais).
7. Recurso especial provido.
(STJ, REsp 997.993, 4ª Turma, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julg.: 21.06.2012, Data da Publ.: 06.08.2012)

A situação revela-se de alta gravidade ainda, por se tratar de produtos sujeitos a aferição por Órgão de controle ambiental, a impor um maior dever de diligência por parte do portal, tanto por ocasião do cadastramento dos usuários, quanto pela fiscalização da regularidade dos produtos anunciados.

Nos termos do art. 70 da Lei nº 9.605/1998, considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Referido dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 6.514/2008, que prevê, em seu art. 24, como infração contra a fauna, matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, *utilizar espécimes da fauna silvestre*, nativos ou em rota migratória, *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente*.

Por sua vez, estabelece o parágrafo 3º, III, do mesmo dispositivo regulamentar, que também incide nas mesmas sanções quem vende, *expõe à venda*, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente.

Destarte, resta inequívoca a responsabilidade dos réus pela idoneidade do registro dos usuários que comercializavam animais silvestres através do seu portal.

Entretanto, o pedido principal formulado pelo Ministério Público, no sentido de proceder ao cancelamento do domínio referido, é desproporcional à quantidade de usuários irregulares do portal da *internet*, frente ao número total de usuários, de modo que não há como concluir que "algo em torno de 99% das transações comerciais que ocorrem no sítio eletrônico são produto de crimes ambientais", tal como asseverado pelo autor na exordial.

Ademais, os próprios réus apresentaram, com a contestação, documentos que atestam a viabilidade de exclusão de anúncios de animais silvestres (vide fls. 80/87), o que permite algum tipo de controle dos usuários por parte dos ora requeridos.

Assim, torna-se mais adequado e proporcional o acolhimento do pedido sucessivo deduzido, nos limites em que apresentado pelo *parquet* (CPC/2015, art. 492).

Nesta esteira, diante da fundamentação ora apresentada, bem como do acolhimento do pedido sucessivo nesta ação, revogo a tutela provisória de urgência concedida às fls. 14/15verso.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, REVOGO a tutela provisória de urgência e, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de RAFAEL FABRIZZI LUCAS e ROGÉRIO FABRIZZI LUCAS, para determinar aos réus que:

a) permitam apenas o cadastramento e a permanência, no portal "Brasil Pet Shop", de usuários que apresentem a licença/autorização ambiental para comercialização de animais, emitida pelo IBAMA ou pelas Secretarias Estaduais do Meio-Ambiente; e

b) excluam da página referida os vendedores, atuais ou futuros, que não apresentem a regular licença/autorização, ou venha a perde-la, sob pena de multa de R$ 1.000,00 (mil reais) por cada admissão de anúncio por usuário irregularmente cadastrado.

Em consequência, nos termos do artigo 497 do Código de Processo Civil, concedo a tutela específica para o fim de determinar aos réus o imediato cumprimento desta sentença.

Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985.

A presente decisão não está sujeita ao reexame necessário.

Após a intimação das partes, expeça-se ofício ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, no endereço de fl. 18, para que levante a suspensão do domínio do sítio eletrônico "Brasil Pet Shop", determinada pela decisão de fls. 14/15 verso.

P.R.I.C.

São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR

Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532